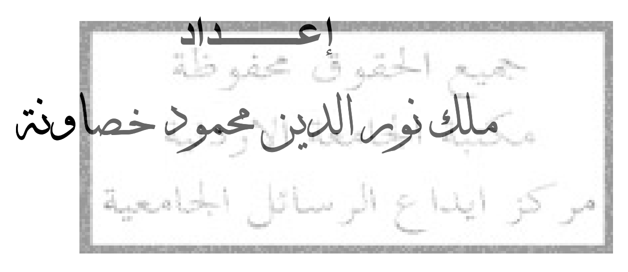
أثر الموت في

الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية

الناجزة وتطبيقاته المعاصرة

إعـــــداد



ملك نور الدين محمود خصاونة

المشـــرف

الدكتور محمد أحمد القضاة

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه وأصولـه

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون الثاني، 2004م

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين. الرحمن الرحيم.

مالك يوم الدين. إياك نعبد وإياك

نستعين. اهدنا الصراط المستقيم. صراط

الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا

الضالين

نوقشت هذه الرسالة (أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة) وأجيزت بتاريخ 5 / 1 / 2004م.

أعضاء لجنة المناقشـــــــــة	التوقيـــــــــــــع
الدكتور محمد أحمد القضاة، مشرفا **أستاذ الفقه وأصوله ــ الشريعة**	…………………
الدكتور عارف خليل أبو عيد، عضوا **أستاذ الفقه المقارن ــ الشريعة**	…………………
الدكتور محمد خالد منصور، عضوا **أستاذ الفقه المقارن ــ الشريعة**	…………………
الدكتور عبد الحميد المجالي، عضوا **أستاذ الفقه وأصوله ــ الشريعة(جامعة مؤتة)**	…………………

الإهداء

إلى من قال فيهما رب العزة: ﴿ وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ﴾الإسراء:23، إلى من لن أنسى فضلهما ما حييت ــ والدي العزيزين،

إلى أساتذتي الأفاضل،

إلى من سكب من عطائه قطرة في بحر العلم الشرعي،

إلى كل طالب علم مخلص لله عز وجل

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

الحمد لله ملء السموات وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعد، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد، وكلنا لك عبد، لا مانع لما أعطيت، ولا معطي لما منعت، ولا ينفع ذا الجد منك الجد .

أتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذي المشرف فضيلة الدكتور محمد القضاة على ما أولاني إياه من عناية ودعم في سبيل إتمام هذه الرسالة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، والذين كانت لملاحظاتهم الأثر الكبير في تصحيح ما قصر عنه الجهد وما زل عنه القلم، لتكون لهم ذخرا وأجرا في ميزان حسناتهم يوم لا ينفع مال ولا بنون.

والشكر الجزيل إلى كل من أسدى إلي كلمة نصح وإرشاد، وأخص بالذكر والدي العزيز، وفضيلة الدكتور عباس الباز اللذين لم يَأْلُوَا جهدا في مساعدتي، مما أعانني على تخطي عقبات هذا البحث.

فهرس المحتويات

أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة وتطبيقاته المعاصرة

إعـــداد

ملك نور الدين محمود خصاونة

المشـــرف

الدكتور محمد أحمد القضاة

ملخـــــــص

تتناول هذه الدراسة بيان أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود المعاوضات المالية التي أبرمها قبل وفاته، سواء أكانت تلك العقود من العقود المسماة قديما عند الفقهاء، أم كانت من العقود المستجدة من ناحية المسمى أو التطبيق أو كلاهما معا. وقد تم اعتماد المنهج الاستقرائي الفقهي التحليلي المقارن، وذلك بالرجوع إلى المصادر والمراجع الفقهية القديمة والحديثة، إضافة إلى القوانين المتعلقة بالمعاملات المالية؛ كالقانون المدني الأردني الذي من أهم مصادره مجلة الأحكام العدلية، وكذلك رجعت إلى القانون التجاري الأردني وقانون العمل الأردني وقوانين البنوك الاسلامية، إضافة إلى الاستفادة من المقابلات الشخصية مع مسؤولين في البنك الاسلامي الأردني

ومن خلال هذه الدراسة تبين للباحثة عدم تأثير الموت في انفساخ عقود المعاوضات المالية الفورية اللازمة، الواردة على العين، والتي لا تتوقف صحتها ولا لزومها على القبض. وكذلك العقود اللازمة الواردة على العمل أو المنفعة، والتي لا تشترط فيها شخصية أحد المتعاقدين أو كليهما. وعليه فلا تسقط الالتزامات المترتبة على المتوفى بموجب تلك العقود. ولكن هذه الالتزامات قد تتأثر في حالة موت المتعاقد مفلسا أو معدما قبل الوفاء بها. كما قد تتأثر بموت المتعاقد قبل حلول أجل الوفاء بها.

وأما العقود التي تنفسخ بموت أحد عاقديها أو كليهما فهي العقود الواردة على العمل، والتي تكون فيها شخصية المتعاقد معتبرة أو مشترطة في التعاقد. وأيضا العقود الجائزة ــ غير اللازمة لأحد الطرفين أو لكليهما، فهي تنفسخ بموت الجانب غير الملزم بها. وكذلك العقود الواردة على العين، والتي يشترط فيها القبض كشرط من شروط صحتها أو لزومها، فيما إذا مات أحد المتعاقدين قبل تحقق ذلك الشرط. وعليه فتسقط الالتزامات المترتبة على المتوفى بموجب هذه العقود فيما يستقبل من مدة بعد وفاته. وأما المدة السابقة لوفاته، فبالنسبة للعقود الواردة على العمل أو المنفعة فلا تسقط الالتزامات المترتبة عليه خلالها بموجب تلك العقود. وإنما قد تتأثر في حالة موته مفلسا أو معدما. أما بالنسبة لعقود للعقود الواردة على العين، فإن طرفي التعاقد يعودان إلى ما كانا عليه قبل التعاقد دون تحمل أي التزام عن المدة السابقة للفسخ.

ومن الجدير بالذكر أن انتقال الالتزامات التعاقدية لا يقتصر على الخلف العام للمتوفى، بل يقدم عليهم الوصي المعين من قبل المتوفى قبل وفاته، سواء أكان ذلك الوصي فردا أم مؤسسة معينة كالمصارف الاسلامية مثلا. فإذا لم يكن الوصي معينا، قام ورثة المتوفى مقامه بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه قبل وفاته. فإن حصل خلاف فيما بينهم، فإن القاضي يقوم بتعيين وصي على التركة من أجل تصفية ديون المتوفى والوفاء بالتزاماته. ويلتزم نائب المتوفى بتنفيذ التزاماته ضمن حدود ما خلف المتعاقد من تركة.

وقد تبين للباحثة وجود نقص فيما يتعلق بالتغطية القانونية لأثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عدد من العقود المستجدة؛ منها عقد التوريد وعقد المرابحة للآمر بالشراء في مراحله المختلفة، وكذلك بالنسبة لأثر الموت قبل تسجيل العقارات والمركبات بموجب عقد من عقود المعاوضات.

من هنا فإن التوصيات التي نتجت عن هذه الدراسة تتمثل في ضرورة وجود تغطية شرعية قانونية لأثر الموت في العقود المختلفة، إضافة إلى زيادة تفعيل دور البنوك الاسلامية للقيام بدور الوصي على التركة؛ لما في ذلك من درء للنزاع المحتمل بين الورثة وأصحاب الحقوق. وأيضا ضرورة مراعاة حقوق الورثة إلى جانب حقوق الدائنين، بحيث يُمَكَّنُ الورثة أو من يقوم مقام المتوفى بتنفيذ التزاماته من التصرف بالتركة واستغلالها من أجل سداد الديون، وبذلك لا يحرم الورثة من حقهم في الميراث بسبب بيع ممتلكات المدين لسداد ديونه مباشرة.

المــقــدمــة

بســم الله الرحمــن الرحيــم

الحمد لله الذي أنعم عليَّ إذ وفقني للتفقه في دينه، ورزقني العلم الشرعي الذي فيه صلاح الدنيا والآخرة، والصلاة والسلام على الرحمة المُهْداة ــ سيدنا محمد ــ وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهداه إلى يوم الدين، وبعد...

فإن الشريعة الاسلامية لم تترك جانبا من جوانب الحياة وحتى الممات إلا وتطرقت إليه تبيانا وتنظيما وتشريعا، مصداقا لقوله تعالى: [...ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء وهدى ورحمة وبشرى للمسلمين](1). كيف لا وهي خاتمة الشرائع التي ارتضاها رب العالمين لتكون النبراس الذي يهتدى به في كل زمان ومكان، فلا جرم أن تتسم بالشمولية التي تنظم أمور الإنسان منذ تكونه جنينا في بطن أمه وحتى بعد مماته، بما في ذلك من أحكام تتعلق بعلاقته مع خالقه، وعلاقته مع ذاته، إضافة إلى علاقته مع الآخرين.

وإن المتتبع لنظام التركات والمواريث في الشريعة الاسلامية ليدرك مدى حرص الشريعة على أن يرحل الإنسان عن هذه الدنيا وليس في ذمته حق لأحد، تماما كحرصها على أن يستوفي حقوقه من الآخرين. وحيث إن الموت قد يداهم الإنسان بلا سابق إنذار، وقد يكون المتوفى مبرما لواحد أو أكثر من عقود المعاوضات المالية، فلا بد من تبرئة ذمته من أي دين أو التزام يحول بينه وبين رهن نفسه في قبره.

من هنا فقد جاءت هذه الدراسة لتبين كيفية تعامل الشريعة مع مثل هذه النازلة في كل عقد من عقود المعاوضات المالية على حدة، فضلا عن تناولها مجموعة من المسائل العملية التي تعالج موضوع تعلق الدين أو الالتزامات بالتركة بشكل عام، وذلك من خلال الإجابة عن مجموعة من التساؤلات، منها:ــ

1- هل ينفسخ العقد بوفاة أحد عاقديه أم لا؟

2- ما الحقوق المتعلقة بالتركة وما ترتيب الوفاء بها؟

3- ما طبيعة الالتزامات المنتقلة من المتوفى؟

4- ما ضوابط انتقال الالتزامات التعاقدية بعد وفاة أحد العاقدين أو كليهما؟

5- من يقوم مقام المتوفى بتنفيذ التزاماته؟

6- ما طرق الوفاء بالالتزامات التعاقدية فيما إذا توفي المتعاقد موسرا أو معسرا أو معدما؟

7- هل يتعلق دين الغرماء بنماء التركة وكسبها الحاصل بعد وفاة المتعاقد؟

8- هل يصح تصرف الورثة بالتركة إذا تعلقت بها ديون على مورثهم؟

9- ما أثر الموت في الوفاء بالديون المؤجلة؟

---

(1) سورة النحل: آية 89

وقد شملت هذه الدراسة البحث في أثر الموت في عقود المعاوضات المالية المسماة عند الفقهاء القدامى؛ سواء أكانت واردة على الأعيان، أم كانت واردة على العمل والمنافع، إضافة إلى تناولها عددا من عقود المعاوضات المالية المستجدة كتطبيقات معاصرة على موضوع البحث.

وهكذا تظهر أهمية هذه الدراسة في محاولتها جمع ما أمكن من شتات هذا الموضوع من سائر عقود المعاوضات المالية، وجعلها في مؤلف واحد بأسلوب يربط التنظير بالواقع العملي، مما يسهل على الباحث الحصول على الأحكام العملية المتبعة عند وفاة أحد المتعاقدين في أي من هذه العقود دون تكبد عناء الرجوع إلى كل عقد منها على حدة.

الدراسات السابقة:ــ

كان منهج الفقهاء ــ قديما وحديثا ــ تبيين أثر الموت في كل عقد من العقود المالية على حدة، ويكون ذلك إما بصورة عامة، بحيث يطلقون الحكم بانفساخ العقد أو بعدم انفساخه بسبب الموت، دونما تفصيل للآثار المترتبة على ذلك الحكم. وقد يبحثون ذلك بصورة تفصيلية يتعرضون فيها لبيان أثر الموت في الحقوق والالتزامات التعاقدية المترتبة على بعض العقود المالية.

وهكذا فلم تكن هنالك دراسة شاملة متخصصة تبين أثر الموت في عقود المعاوضات بشكل عام، لا عند الفقهاء القدامى ولا المعاصرين.

إلا إنني وجدت عنوانا لبحث مقدم من د. علي الخفيف: [أثر الموت على حقوق والتزامات الإنسان]، نشره في مجلة القانون والاقتصاد عام1940 م، ولكنني لم أستطع الحصول على هذا العدد من المجلة، علما بأنني بحثت عنه في الدوريات في أكثر من مكتبة، وكذلك على الانترنت، ولكن دون جدوى.

كما إنني وجدت في الموسوعة الفقهية الكويتية[1]، تحت كلمة (انفساخ)؛ من أسباب الانفساخ غير الاختيارية: موت أحد العاقدين أو كليهما، وتضمن هذا العنوان تقسيم العقود بحسب أثر الموت فيها إلى ثلاثة أنواع:-

1- العقود المتفق على عدم انفساخها بالموت؛كالبيع اللازم.

2- العقود المتفق على انفساخها بالموت في الجملة؛كالعارية والوديعة.

3-العقود المختلف في انفساخها بالموت؛ كعقد الإجارة والمزارعة والمساقاة.

ثم قسم البحث فيها إلى قسمين:-

أ- انفساخ العقود اللازمة بالموت.

ب- انفساخ العقود غير اللازمة بالموت.

ولم يأت هنالك تفصيل للأثر المترتب على الموت في هذه العقود، وإنما اقتصرت على ذكر انفساخ هذه العقود أو عدم انفساخها بالموت، مع ذكر الأدلة على ذلك في بعض العقود.

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7/ ص30-33

وأما باقي الدراسات الحديثة، فلم تتعرض لبيان أثر الموت في عقود المعاوضات بشكل متخصص، إلا فيما يتعلق بموضوع البحث فيها، كما جاءت في مجملها لتبيين انفساخ تلك العقود بموت أحد متعاقديها أو لا، دون بيان لمصير الالتزامات الناشئة عن تلك العقود، ومن أمثلة ذلك:-

1- تناول الطالب عصام عاطف بدران[1] الحديث عن أثر الموت في انفساخ عقد إجارة الأشخاص أو عدم انفساخه في الفقه الاسلامي، وذلك في صفحتين من رسالته التي تبحث في أحكام عقد إجارة الأشخاص بشكل عام،ولم يتعرض لبيان أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد.

2-تناول الطالب مهند خازر محمود مصطفى[2] الحديث عن أثر الموت في انفساخ عقد الجعالة أو عدم انفساخه، دون أن يتعرض لبيان أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد. وكان ذلك أيضا في صفحتين من رسالته التي تبحث في سائر أحكام عقد الجعالة.

3-تناولت الباحثة فتيحة قرة[3] الحديث عن أثر موت أحد طرفي عقد المقاولة من الناحية القانوينة وذلك في كتابها الذي يبحث في سائر أحكام عقد المقاولة.

4- كذلك تناول السنهوري[4] الحديث عن أثر الموت في عقد المقاولة، وذلك في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني المصري، ج7/ص253 وما بعدها.

منهجية البحث:ـــ

تعتمد الدراسة على المنهج الاستقرائي التحليلي الفقهي المقارن؛ حيث قمت باستقراء المسائل المتعلقة بموضوع البحث من عقود المعاوضات المالية الناجزة، وذلك بالرجوع إلى المصادر والمراجع الفقهية القديمة والحديثة، إضافة إلى القوانين المتعلقة بالمعاملات المالية؛ كالقانون المدني الأردني والقانون التجاري الأردني وقانون العمل الأردني وقوانين البنوك الاسلامية، إضافة إلى الاستفادة من المقابلات الشخصية مع مسؤولين في البنك الاسلامي الأردني. ومن ثم قمت بدراسة هذه المسائل وتحليلها متبعة الآلية التالية:-

1- التعريف بكل عقد وبيان خصائصه وتكييفه بما يخدم موضوع البحث.

2- ذكر أهم الالتزامات المترتبة على الأطراف المتعاقدة.

3- بيان أثر الموت في طبيعة كل عقد من العقود، سواء أكان من العقود الفورية اللازمة، أم من العقود التي تحتاج إلى مدة كي تستكمل آثارها بالنسبة لكلا المتعاقدين. وسواء أكان مشترطا فيها شروط معينة كالتقابض قبل التفرق أم لا. وسواء أكانت شخصية المتعاقدين معتبرة في التعاقد أم لا. وسواء أكان العقد لازما بمجرد انعقاده أم جائزا لكلا طرفيه أو لأحدهما دون الآخر، أم جائزا آيلا للزوم.

---

(1) بدران، عصام عاطف، (1996م)، رسالة ماجستير بعنوان: [عقد إجارة الأشخاص في الفقه الاسلامي]، جامعة النجاح الوطنية، ص88،87.

(2) مصطفى، مهند خازر محمود، رسالة ماجستير بعنوان: [عقد الجعالة في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني]، ص124، 125

(3) قرة، فتيحة، أحكام عقد المقاولة، ص263-267.

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7/ ص253

4- ربط جميع ذلك بمصير الالتزامات التعاقدية بعد موت أحد طرفي التعاقد أو كليهما، سواء أكان ذلك مصرحا به عند الفقهاء القدامى أو المحدثين أم لا.

5- الاعتماد على عقد المقارنة الفقهية في المسائل المختلفة بين المذاهب الأربعة: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. حيث حررت محل النزاع في كل مسألة مبينة محال الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء الأربعة، مع توضيح سبب الخلاف، ومن ثم تحرير مذاهب الفقهاء مرتبة بحسب زمن نشأتها(الحنفية ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة)، مدعمة ذلك بالأدلة النقلية والعقلية مع تعقيبها مباشرة بتوجيهها ومناقشاتها من أقوال العلماء، ومن ثم مناقشتها من قبل الباحثة وصولا إلى الرأي الراجح في كل مسألة.

6- الاجتهاد بتخريج آراء الفقهاء في المسائل التي لم يرد فيها نص عندهم وفقا لأصول كل مذهب وقواعده.

7- الاجتهاد بتطبيق القواعد المتحصلة من هذه الدراسة على عدد من العقود المستجدة التي لم يرد فيها تغطية قانونية ولا شرعية فيما يتعلق بموضوع البحث.

8- عزو الآيات القرآنية الكريمة إلى سورها، وتخريج الأحاديث النبوية والحكم عليها فيما عدا الأحاديث الواردة في الصحيحين.

9- التعريف بالمصطلحات والمفاهيم الملبسة على القارئ حيث وردت في البحث.

10- التعريف بالأعلام غير المشهورين بين طلبة العلم، فضلا عن العامة.

خطة البحث:ـــ

قسمت هذا البحث إلى مقدمة، وأربعة فصول، أعقبتها بخاتمة ضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث. وذلك على النحو التالي:-

المقدمة:- وقد تحدثت فيها عن أهمية هذا البحث، ومشكلته، والدراسات السابقة التي تعرضت له، ومن ثم المنهج والآلية المتبعة فيه، وخطته.

الفصل الأول:- وقد خصصته كمدخل إلى دراسة أثر الموت في الالتزامات التعاقدية

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول:- التعريف بمصطلحات العنوان والألفاظ ذات الصلة

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود المعاوضات بشكل عام

المبحث الثالث:- تكييف انتقال الحقوق المتعلقة بذمة المدين بعد وفاته.

المبحث الرابع:- الآثار المترتبة على تعلق الالتزامات المالية بالتركة

الفصل الثاني:- بحثت فيه أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقود الواردة على ملكية الأعيان

وقد ضمنته ثمانية مباحث، تناولت في كل واحد منها عقدا من العقود الواردة على ملكية الأعيان، وهي على النحو التالي:

المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد البيع

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد السلم
المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الاستصناع
المبحث الرابع:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الصرف
المبحث الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد بيع الربويات
المبحث السادس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة بعوض
المبحث السابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح بعوض
المبحث الثامن:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الحوالة

الفصل الثالث:- بحثت فيه أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية الواردة على العمل والمنافع.

وفيه ثلاثة مباحث:
المبحث الأول: أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الإجارة أو الكراء
المبحث الثاني: أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة
المبحث الثالث: أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح على منفعة أو عمل

الفصل الرابع: تطبيقات معاصرة على أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة

وفيه ستة مباحث:
المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية بشكل عام في القانون المدني الأردني
المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزام بتسجيل ملكية العقارات والمركبات
المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المرابحة للآمر بالشراء
المبحث الرابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد العمل
المبحث الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة
المبحث السادس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد التوريد

الخاتمة: وضمنتها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث.

وبعد، فإن هذا الجهد بشري، يعتريه الخطأ والنقصان، فالكمال لله وحده، لكنني قد بذلت الوسع في إتمامه، فما وافق منه الصواب، فبعون الله الموفق، وما لم يكن كذلك فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه براء.

والله ــ أسأل أن يوفقنا لما فيه خيرنا ورضاه، وأن يعلمنا ما ينفعنا وينفعنا بما علمنا، وأن يُنْتَفَعَ بهذا العمل ليكون ذخرا لي يوم ألقاه؛ لقوله عليه السلام: [إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له](1). صدق رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم.

---

(1) أخرجه مسلم في صحيحه، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته،ج3/ص1255، رقم الحديث:1631

الفصل الأول:ــ مدخل إلى دراسة أثر الموت في الالتزامات التعاقدية

ويتضمن هذا الفصل أربعة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان والألفاظ ذات الصلة

المبحث الثاني: أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود المعاوضات بشكل عام

المبحث الثالث: تكييف انتقال الحقوق المتعلقة بذمة المدين بعد وفاته

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على تعلق الالتزامات المالية بالتركة

تــوطئــة

إن البحث في أية جزئية من الجزئيات، ضمن أي علم من العلوم، يتطلب من الباحث ابتداء وقبل الخوض في مسائله، أن يقدم فكرة عامة عن مفهوم موضوع البحث وماهيته، من خلال تعريف مصطلحات الموضوع، وما يتعلق بها من مسائل تمثل مدخلا ينطلق منه في بحثه، وتمثل له هذه الفكرة العامة قاعدة أصيلة تكون منارة له أثناء بحثه فيما إذا ضل الطريق وانحاز عن مسار البحث وأهدافه.

من هنا فإنني ارتأيت أن أخصص الفصل الأول من هذه الرسالة كفصل تمهيدي مستقل، أجمع فيه بعض القواعد والأفكار الرئيسة التي تخدم موضوع البحث بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن ثم أنطلق في بحثي في عقود المعاوضات بشكل تفصيلي فيما يلي في الفصول اللاحقة –إن شاء الله تعالى.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات العنوان والألفاظ ذات الصلة

• المطلب الأول: تعريف الموت وأنواعه

الموت لغة[1]: يدور معنى الموت في اللغة حول المعاني التالية:

1- السكون؛ فكل ما سكن فقد مات؛ فيقال: ماتت النار: برد رمادها، فلم يبق من الجمر شيء، ومات الحر والبرد: باخ؛ أي زال، وماتت الريح: سكنت.

2- والموت ضد الحياة، وهو يقع على أنواع بحسب ما يقابله من أنواع الحياة[2]:-

أ- من الموت ما يتعلق بإزالة القوة النامية الموجودة في الحيوان والنبات؛ قال تعالى: [فانظر إلى آثار رحمة الله كيف يحيي الأرض بعد موتها][3].

ب- ومنه: ما يتعلق بزوال القوة الحسية؛ قال تعالى على لسان سيدتنا مريم ــ عليها السلام: [يا ليتني مت قبل هذا وكنت نسيا منسيا][4].

ت- ومنه: زوال القوة العاقلة؛ وهو الجهالة، قال تعالى: [أومن كان ميتا فأحييناه وجعلنا له نورا يمشي به في الناس][5]، و قال تعالى: [فإنك لا تسمع الموتى][6].

ث- ومنه المنام؛ قال تعالى: [الله يتوفى الأنفس حين موتها، والتي لم تمت في منامها][7]، وقيل: المنام هو النوم الخفيف، والموت:هو النوم الثقيل. وقد سمي النوم موتا؛ لأنه يزول معه العقل والحركة تمثيلا وتشبيها، لا تحقيقا؛لأن النوم في حقيقة الأمر لا يعدم العقل والحركة، وإن كان الجسم ساكنا في الظاهر. والموت خلق من خلق الله –الحي الذي لا يموت؛ حيث قال تعالى:- [الذي خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا، وهو العزيز الغفور][8].

وتظهر فائدة هذه المعاني اللغوية لكلمة الموت في المعنى الاصطلاحي؛ حيث يعرف الفقهاء الموت بحسب نوعه كما يلي:-

النوع الأول:-الموت الحقيقي ــ وهو ليس بعدم محض ولا فناء صرف ــ وإنما هو انقطاع تعلق الروح بالبدن ومفارقتها له، بحيث يمثل الموت حيلولة بينهما. وهو تبدل حال وانتقال

---

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم الافريقي المصري، (ت 711هــ)، لسان العرب. بيروت:دار صادر، ج2/ص90، 91، 92. الصوالحي، عطية و أحمد، محمد خلف الله وآخرون، المعجم الوسيط، ج2/ص891. الجزري، أبو السعادات المبارك بن محمد، (ت606هــ)، النهاية في غريب الأثر، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي. ط بدون، بيروت: المكتبة العلمية، 1399هــ، ج4/ص369. الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، (ت 721هــ)، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر. ط بدون، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، 1415هــ-1995م، ج1/ص266.

(2) ابن منظور،لسان العرب. بيروت:دار صادر، ج2/ص 92.

(3) سورة الروم:آية 50

(4) سورة مريم: آية 23

(5) سورة الأنعام: آية 122

(6) سورة الروم: آية 52

(7) سورة الزمر: آية 42

(8) سورة الملك: آية 2

من دار إلى دار؛ وفي الحديث قال رسول الله–صلى الله عليه وسلم:–[إن العبد إذا وضع في قبره، وتولى عنه أصحابه، إنه ليسمع قرع نعالهم][1].

الشاهد في هذا الحديث:– إن سماع الميت قرع نعال أصحابه يدل على أنه دخل في بداية حياة أخرى، وليس موته فناء محضا.

وهنا يظهر المعنى اللغوي جليا في سكون الميت ومفارقة أصناف الحياة له؛ كزوال قوته الحسية وقوته النامية.

النوع الثاني:–الموت الحكمي؛ وهو حكم القاضي على شخص ما بأنه ميت، وإن كان ذلك الشخص مازال حيا؛ وذلك لسبب شرعي، كالردة مثلا، فالمرتد إذا هرب ولحق بدار الحرب حكم القاضي المسلم بموته حكما[2]. أو لسبب آخر كانقطاع خبر شخص ما بحيث لا يعرف أحي هو أم ميت[3].

وهنا يظهر المعنى اللغوي مثلا في الردة؛ حيث إن المرتد ميت حكما بنص الآية: [أومن كان ميتا فأحييناه][4]، والمرتد كان حيا بإسلامه، حتى إذا ارتد عنه صار ميتا لزوال قوته العاقلة ولجهالته.

النوع الثالث:– الموت التقديري؛ وهو الحكم بموت الجنين في بطن أمه نتيجة للجناية على أمه بأي شكل من الأشكال سواء أكانت بطرق مادية أم معنوية[5].

وفي هذا النوع يظهر المعنى اللغوي المتمثل بالسكون؛ حيث إن الجنين في بطن أمه إذا سكن ولم يتحرك بعد تعرض أمه للجناية، فهذا تقدير دال على موته. ويصدقه بعد ذلك انفصاله ميتا.

ومن الجدير بالذكر أن كل واحد من هذه الأنواع يترتب عليه أحكام خاصة فيما يتعلق بحقوقه وواجباته، والنوع الأول هو ما نحن بصدد البحث في أثره في الالتزامات التعاقدية؛ حيث لا يفنى الميت فناء مطلقا، بدليل بقاء تعلق التزاماته بذمته وارتهان نفسه في قبره حتى توفى تلك الالتزامات، كما سيأتي بيانه.

ويمكن تقسيم الموت بطريقة أخرى تبعا لحال الشخص قبل وفاته، مما يترتب على ذلك أيضا أحكام خاصة تتعلق بكل واحد من هذه الأنواع:–

النوع الأول: موت الشخص السليم الذي مات بلا سابق إنذار، وهذا لا ينفي أن يكون مريضا بمرض ما، بشرط أن لا يكون مندرجا ضمن مرض الموت[6].

---

(1) تفسير القرطبي: ج7/ص377 (تفسير آية 12/سورة الأنفال)، ج18/ص206 (تفسير آية 2/سورة الملك)، والحديث أخرجه البخاري في صحيحه:باب الميت يسمع خفق النعال، رقم الحديث:1273، ج1/ص448، كما أخرجه مسلم في صحيحه:باب عرض مقعد الميت من الجنة أو النار، رقم الحديث: 2870، ج4/ص2200

(2) السرخسي، أبو بكر شمس الدين محمد بن أبي سهل، (1406 هـ)، المبسوط. ط بدون، بيروت:دار المعرفة،ج7/ص234، ج10/ص100، 101، 103، 104. الكاساني، علاء الدين(ت587 هـ)، بدائع الصنائع. ط2، بيروت: دار الكتاب العربي، 1982م،ج6/ص61.

(3) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي، تحقيق محمد عليش. بيروت: دار الفكر،ج2/ص479، 480.

(4) سورة الأنعام: آية 122

(5) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج. بيروت: دار الفكر، ج4/ص105، 106.

(6) مرض الموت: هو المرض الذي يزداد حالا فحالا حتى يكون آخره الموت.(الزيلعي،تبيين الحقائق، ج6/296).

النوع الثاني: موت الشخص المريض بمرض يفضي إلى الموت خلال سنة من إصابته بذلك المرض.

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية مرض الموت في المادة 1595: [المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر، والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة].

النوع الثالث: موت الشخص الملحق حاله بأحكام المريض مرض الموت؛ لكونه يخاف عليه الهلاك غالبا؛ كالجريح والأسير والحامل إذا أكد الأطباء خطورة حالتها الصحية مثلا وغيرها من الحالات[1].

وأود الإشارة هنا إلى أنني لن أتناول في رسالتي بحث أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية التي قد يبرمها المريض مرض الموت قبل وفاته؛ لوجود دراسات سابقة متخصصة في أحكام تصرفات المريض مرض الموت، وما يلحق بحكمها، حيث تعرضت إلى حكم معاوضاته المالية[2].

ويمكن إجمال ما توصلت إليه تلك الرسائل بأن من حق المريض بمرض الموت أن يبرم ما شاء من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة والصرف ونحوها؛ وذلك لأنه لا ضرر على الورثة والغرماء من المعاوضة بثمن المثل؛ لأن حقهم متعلق بمالية التركة، وهي باقية مع هذه العقود، بل إن من شأن هذه العقود أو التجارة بشكل عام تنمية ذلك المال. ولكن تقيد معاوضاته بالقيود التالية: أن يكون المريض مرض الموت ثابت العقل، وأن تكون معاوضاته بثمن المثل دون محاباة[3] إذا كانت لشخص غير وارث، فإذا وجدت المحاباة لذلك الأجنبي، احتسب القدر المحابى به من ثلث التركة كالوصية وليس من رأس التركة. إلا عند الحنفية فيما يتعلق بعقد الإجارة، فإن القدر المحابى به لا يحتسب من ثلث التركة، وإنما يحتسب من رأس التركة بناء على قولهم بأن المنافع في عقد الإجارة لا تحتسب أموالا، ومن ثم فتجوز المحاباة بها أو عليها[4].

---

(1) انظر: الشلش، محمد محمد سلامة،(1419هـ ـــ 1999م)،)، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، ص11-15

(2) انظر: عامر، رشاد السيد ابراهيم، (1989م)، تصرفات المريض مرض الموت في القانون الجزائري مقارنا بالشريعة الاسلامية والقوانين الأخرى، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر. حيث بحث حكم تصرف المريض في عقد البيع. أيضا انظر: العلاونة، عبد الرؤف يوسف مصطفى، (1994م)، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، ص 67-69. أيضا انظر: الشلش، محمد محمد سلامة،(1419هـ ـــ 1999م)، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس . وقد أشار الباحث في الفصل الثالث من هذه الرسالة(ص92-101) إلى الأحكام المتعلقة بمعاملات المريض؛ ومنها عقود المريض ومعاوضاته المالية ؛ وتناول منها بيع المريض ومضاربته وإجارته ومساقاته ومزارعته وكفالته.

(3) المحاباة: هي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه، كأن يحط بعض الثمن في البيع، أويشتري بأكثر من القيمة؛ كأن يبيع ما يساوي عشرة بثمانية، أو يشتري ما يساوي ثمانية بعشرة.(انظر: ابن قدامة، المغني، ج6/ ص114. البركتي، قواعد الفقه، ج1/ ص469).

(4) انظر: العلاونة، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، ص (ك)، 67-69. الشلش: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، ص22، 91، 93، 103- 105.

وعليه فإنه يمكن القول بأن أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن معاوضات الشخص الذي كان سليما قبل موته ينطبق على المريض مرض الموت ما لم يحاب، فإن حابى غيرَ الوارث، فإن ورثته يقومون مقامه بأداء الالتزامات التعاقدية المترتبة عليه في القدر غير المحابى به من رأس التركة ابتداء، أما القدر المحابى به، فإنهم لا يلتزمون به إلا أن يكون في حدود ثلث التركة بعد أداء سائر ديون المتوفى الأخرى، تماما كالوصية، فإذا زاد القدر المحابى به عن ثلث التركة، فلا يلتزم الورثة به لذلك الأجنبي إلا إذا رضوا بذلك. وأما عند الحنفية في الإجارة فإنهم يلتزمون بأداء التزامات مورثهم من رأس التركة سواء أوجد هنالك محاباة في العقد أم لا.

أما إذا كانت معاوضات هذا المريض مع وارثه، فهنالك رأي باشتراط إجازة الورثة للمعاوضة حتى مع كونها بثمن المثل، وعلى الراجح فتجوز المعاوضة بثمن المثل من غير اشتراط إجازة بقية الورثة ما لم توجد محاباة، فإذا وجدت اشترط إذن الورثة[1]. وعليه فإن الورثة لا يلزمون تجاه الوارث بما أبرمه من عقود معاوضات مع مورثهم إلا برضاهم بذلك، وعلى الراجح لا يشترط رضاهم ما لم توجد هنالك محاباة، والله تعالى أعلم.

كما ويراعى أيضا في هذه العقود مع المريض مرض الموت حالة كونه مدينا، أو أن يكون قد باع بغبن، فيقيد ذلك بمصلحة الغرماء والورثة؛ فيطبق في حالة وجود الغبن في العقد مع عدم وجود غرماء آخرين أو إذا وجدوا ولكن لم تستغرق ديونهم التركة قاعدة المحاباة؛ فلا ينفذ الغبن إلا في حدود ثلث التركة. أما إذا استغرقت ديون التركة، فلا ينفذ الغبن اليسير حتى من ثلث التركة، وهنا يخير المشتري مثلا بدفع ثمن المثل وإلا فسخ بيعه من قبل الغرماء، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني كذلك في المادة546/1، والمستمد أصلا من مجلة الأحكام العدلية في المواد 393، 395[2].

وفي جيمع هذه الأحوال فإن التزامات المريض بمرض الموت تكون صحيحة نافذة حال حياة المريض، ولا تطبق عليها أحكام المحاباة أو الغبن إلا إذا اتصل مرضه بموته[3].

- **المطلب الثاني:- التعريف بالالتزامات التعاقدية**

أولا: التعريف بالالتزامات

الالتزامات لغة[4]:- الالتزامات جمع التزام، وأصلها التزمه: ألزمه إياه فالتزمه، والالتزام: الاعتناق.

وقد جاء في مقدمة محقق كتاب تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب بأن مدلول الالتزام في اللغة:- هو إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما، وهو بهذا المعنى يشمل البيع والإجارة والنكاح والطلاق وسائر العقود[1].

---

(1) انظر: الشلش: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، ص93، 107
(2) انظر: العلاونة، تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، ص (ك)، 67-69
(3) انظر: الشلش: أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الشريعة الاسلامية، ص22
(4) ابن منظور، لسان العرب:ج12/ص541، 542، الفيروز آباذي،القاموس المحيط . بيروت:مؤسسة الرسالة، ج1/ص1494. الجزري، النهاية في غريب الأثر، ج4/ص248

وأما تعريف الالتزام في الاصطلاح الشرعي:- يطلق لفظ الالتزام ويراد به معان متعددة عند الفقهاء:-

فقد عرفه الحطاب بأنه "إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا؛ كالالتزام بشيء من عقود التبرعات كالعطية والصدقة ونحوها، أو معلقا على شيء - بمعنى العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو التزام المعروف بلفظ الالتزام"[(2)].

أما الزركشي فقد اعتبر الالتزام أحد أسباب ما أوجبه الله تعالى على المكلفين؛ حيث قسم ما أوجبه الله تعالى على المكلفين إلى ما يلي:-

أ- ما يكون سببه جناية ويسمى عقوبة.

ب- وإلى ما يكون سببه إتلافا ويسمى ضمانا.

ت- وإلى ما يكون سببه التزاما؛ وقد يسمى هذا الالتزام بتسميات مختلفة بحسب نوع العقد الذي ترتب الالتزام عليه؛ فقد يسمى ثمنا أو أجرة أو مهرا أو غيره. ومن الالتزامات أداء الديون والعواري والودائع، وكذلك نفقة القريب والزوجة، وأيضا التماس إتلاف بعوض؛كما لو قال أحدهم لآخر:الق متاعك في البحر وعلي ضمانه، في حالة مثلا ما لو كان في إلقاء المتاع مصلحة ما، فيلتزم أحدهم لآخر بدفع عوض له إذا ألقى متاعه منها. والتزام الجعل في الجعالة، والتزام دفع بدل وثمن المبيع، وعوض القرض، والتزام سائر ما يثبت في الذمة من عقود المعاوضات. كما يدخل في ما يكون سببه التزاما الفداء؛ كالافتداء في الخلع؛حيث إن فيه التزاما بإزالة ملك من الجانبين: من الزوج بإزالة يد العصمة، ومن الزوجة بإزالة ملكها عن المال التي خالعت زوجها به. وكفداء الأسير[(3)].

وهكذا فإن الالتزام بقبول على سبيل العوض، يعتبر بحسب العقد الذي اندرج فيه هذا الالتزام. وهذا هو الذي نحن بصدد البحث فيه. وهو معنى مختلف عن الالتزام المبتدأ الذي لا يتبع عقدا ما؛ لأنه لا يصح إلا بالنذر، كأن يلزم شخص ذمته بصدقة لجهة ما إذا تحقق له أمر يصبو إليه. كما يختلف عن الالتزام بضمان الغير؛ إذ إن الالتزام بضمان الغير إنما هو عقد مستقل: وهو عقد الكفالة، حيث يسميه الفقهاء بعقد الضمان، ويعرفونه بأنه الالتزام[(4)].

وفي هذا التقسيم لما أوجبه الله ــ سبحانه وتعالى ــ على المكلفين، إشارة إلى معنى دقيق عند الفقهاء، وهو التفرقة بين الإلزام والالتزام، ففي المعنى العام لهذين اللفظين كل ما أوجبه الله تعالى على عباده يعتبر إلزاما لهم، وهذا الإلزام يقتضي التزاما من قبل المخاطبين المكلفين[(5)].إلا إن هذا الإلزام يختلف بحسب السبب المباشر له، فقد يكون سببه المباشر هو جناية الإنسان فيوجب الله

---

(5) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام:ص68

(1) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، ص68

(2) الزركشي،أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت 794هـ)، المنثور، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود.ط2 الكويت:وزارة الأوقاف، 1405هـ، ج3/ص392، 393.

(3) الزركشي، المصدر نفسه، ج3/ص392. الشربيني، مغني المحتاج، ج3/ص272. السرخسي، المبسوط، ج19/ص168

(4) الشاطبي، ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي،(ت 790هـ)، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، بيروت: دار المعرفة .ج1/ص285

عليه العقوبة، وقد يكون سببه التزام الإنسان أو تصرفاته الاختيارية التي يوجب بها حقا على نفسه، كمباشرته للعقود المختلفة كالبيع والإجارة والنكاح وغيرها من العقود، التي يقدم الإنسان عليها باختياره، عالما بما يترتب عليها من التزامات، ولكن هذه الالتزامات وإن كانت في أساسها من قبل المشرع، لكننا لا نقول إن سبب الالتزام فيها هو إرادة الله تعالى، وإنما نضيف سبب الالتزام إلى تصرفات الإنسان الاختيارية، وأما ما كان سببه المباشر إرادة الله تعالى، بحيث لا دخل لإرادة البشر فيه فيسمى إلزاما.

وهذه التفرقة إنما هي من باب التنزيه له سبحانه عن أن يقال:إن سبب عقوبة الإنسان مثلا هو إرادة الله تعالى، لأن هذه العقوبة وإن كانت موجبة من قبل الله، إلا إن سببها المباشر إنما هو جناية الإنسان المستوجبة لتلك العقوبة، فنضيف المسبب إلى سببه المباشر، وإن كان كل شيء في الشرع في المحصلة يرد إلى الشارع المدبر للأمر كله(1).

من هنا فقد حصر رجال القانون(2) وكذلك الفقهاء المعاصرون(3) مصادر الالتزام في خمسة أقسام؛ والمقصود بمصادر الالتزام السبب المباشر في إنشاء هذا الالتزام، وليس المصدر الآمر الموجب للالتزام أساسا، لأنه سيكون عندئذ راجعا للمشرع وحده. وهذه المصادر هي؛ العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع(الإثراء بلا سبب)، والشرع.

أما تعريف الالتزام عند الفقهاء المعاصرين: فقد اختار الزرقا(1949م) التعريف الآتي للالتزام:- "وهو كون شخص مكلفا شرعا بعمل أو بامتناع عن عمل لمصلحة غيره"(4).

ـ عناصر الالتزام، وهي ستة عناصر(5):-

1- الملتزِم:- وهو الشخص المكلف، ويشترط فيه في التبرعات أن يكون أهلا للتبرع، وذلك بأن يكون لا حجر عليه وليس بمكره، أما في المعاوضات فيشترط فيه أن يكون أهلا للمعاوضة؛ بأن يكون راشدا غير مكره.

2- الملتزَم له:- وهو صاحب الحق.

3- الملتَزَم به(وهو محل الالتزام أو الشيء الذي يتعلق به الفعل):- وهو كل ما كان فيه منفعة سواء أكان فيه غرر أم لا، إلا فيما كان من باب المعاوضة فيشترط فيه انتفاء الغرر. وقد يكون عينا أو دينا أو منفعة أو عملا أو حقا.

4- ويسمى التكليف نفسه، أو العهدة:التزاما.

5- الصيغة:- وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه من إشارة أو نحوها مما يستدل به على إلزام الشخص نفسه ما التزمه؛ كأن يقول الجاعل مثلا في عقد الجعالة:من رد علي سيارتي فله مبلغ كذا(1).

---

(1) الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد(نظرة عامة في فكرتي الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي)، ط2، مطبعة الجامعة السورية، 1949م، ج2/ ص70، 71

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1/ص90

(3) الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد(نظرة عامة في فكرتي الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي)، ج2/ ص69، 70

(4) الزرقا، مصطفى، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ج3/ ص93

(5) الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام: ص68، 69. الزرقا، المصدر نفسه، ج3/ص94، 95

6-موضوع الالتزام:- ينقسم موضوع الالتزام إلى قسمين رئيسين:

أ- فهو إما أن يكون التزاما إيجابيا:- ويعني ذلك أن يكون قياما بفعل معين؛ كالالتزام بأداء دين في الذمة؛ كأداء مبلغ من النقود، أو ما في حكمها من الأشياء المثلية التي تثبت في الذمة من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة ونحوها. أو الالتزام بتسليم عين معينة بذاتها؛ كتسليم المبيع من عقار أو منقول بعينه إلى المشتري. أو الالتزام بالقيام بعمل معين إما في الذمة، أو بأن يلتزم المتعاقد بالقيام بذلك العمل بنفسه، بحيث لا يجوز له أن يستنيب غيره ليعمل مكانه. وقد يكون هذا الالتزام بالعمل مشترطا بتحقيق غاية ما؛كالقيام بحراثة أرض ما، وقد يكون التزاما ببذل عناية؛كالتزام الطبيب بمعالجة المريض، فإنه يبذل عنايته وجهده في سبيل علاجه، ويستحق أجرة مقابل ذلك، وإن لم يشف المريض، حيث إن الشفاء وهي الغاية أو النتيجة مرهونة بيد الله ــ سبحانه وتعالى.

ب- وإما أن يكون التزاما سلبيا:-ويتمثل هذا النوع من الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل ما؛كالتزام شخص ما بالامتناع عن فتح محل تجاري قريب من محل مماثل له في التجارة نفسها، مقابل مبلغ من المال يدفعه له الشخص الذي طلب منه ذلك.

ثانيا:- تعريف التعاقدية

التعاقدية لغة[2]: صفة من المصدر (التعاقد)، وأصلها الثلاثي عقد، والعَقْد:العهد؛ وهو أوكد العهود. وتعاقد القوم: تعاهدوا. ويقال: عاقدت فلانا، أو عقدت عليه:بمعنى ألزمته ذلك باستيثاق.

وقال تعالى: [يا أيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود][3].

قال الزجاج:خاطب الله تعالى المؤمنين في هذه الآية بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، إضافة إلى العقود التي يعقدها بعضهم على بعض وفق ما يوجبه الدين من الأحكام.

وجاء في حديث ابن عباس في تفسير قوله تعالى: [والذين عاقدت أيمانكم][4]؛ المعاقدة: هي المعاهدة والميثاق. والأيمان:جمع يمين، وهي القسم أو اليد.

وأما في الاصطلاح الشرعي:- فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول[5]. أو هو ربط أجزاء التصرف شرعا بالإيجاب والقبول. وهو التزام المتعاقدين وتعمدهما أمرا[6].

والمقصود **بالالتزامات التعاقدية** التي قيد بها عنوان البحث:-هي تلك الالتزامات التي مصدرها التعاقدات (العقود) التي يبرمها المكلف باختياره، حيث إن مصادر الالتزام كما تبينا تنقسم إلى خمسة أقسام، أحدها هو العقد، وهذه الالتزامات مصدرها إلزام الشارع الذي هو إما الله ــ

---

(6) الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والشهود. بيروت: دار الكتب العلمية، ج1/ص328

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج3/ص297. الرازي، مختار الصحاح:ج1/ص186

(2) سورة المائدة: آية 1

(3) سورة النساء: آية 33، وقد جاءت بلفظ: [والذين عَقَدَت]بدون ألف.

(4) الزركشي، المنثور،ج2/ص297

(5) البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، (1986م). قواعد الفقه. ط1، كراتشي: الصدف، ج1/ص383

سبحانه وتعالى ــ وذلك في العقود المسماة عند الفقهاء القدامى، وإما القانون الوضعي بالنسبة للعقود المستجدة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن القانون المدني الأردني بشكل عام إنما هو مستند إلى أحكام الشريعة الاسلامية وبالتحديد إلى المذهب الحنفي، حيث إنه يستقي أغلب أحكامه من مجلة الأحكام العدلية الصادرة سنة 1286هــ، والتي كانت القانون المطبق زمن الدولة العثمانية، وهي مستندة إلى أحكام المذهب الحنفي. وبذلك يكون مصدر هذه الالتزامات الناشئة عن العقود نصوص الشريعة الاسلامية أو الأحكام الاجتهادية المقولبة بقالب التشريعات والقوانين المعاصرة المستندة إلى الفقه الاسلامي[1].

وفيما يتعلق بتحديد الالتزامات التعاقدية في أي عقد، فلا بد من التمييز بين حكم العقد، وبين حقوق العقد(وهي الالتزامات الناشئة عن ذلك العقد)، فحكم العقد هو ما يثبت بالعقد بمجرد انعقاده صحيحا لازما؛ كما في عقد البيع؛ فحكم عقد البيع الصحيح اللازم هو ثبوت الملك في البدلين[2]؛ ملك المشتري للمبيع، وملك البائع للثمن، وأما حقوق العقد، فلا تتحقق تلقائيا بمجرد انعقاد العقد، وإنما تكون لازمة للمتعاقدين ليقوما بتنفيذها خدمة لحكم العقد؛ كتسليم المبيع وتسليم الثمن ونحو ذلك في عقد البيع مثلا[3].

- **المطلب الثالث:- التعريف بالمعاوضات المالية الناجزة**

أولا:- التعريف بالمعاوضات

المعاوضات لغة:- مفردها معاوضة؛وهي أخذ العوض (البدل) أو إعطاؤه؛ يقال: عاوضت فلانا بعوض في المبيع: الأخذ والإعطاء [4].

المعاوضة اصطلاحا: هي نقل الملك بعوض، والمملوك قد يكون أعيانا (وهي كل ذات مشار إليها) فيسمى العقد بيعا، أو منافع فيسمى العقد إجارة [5].

وهنا عرفت المعاوضات بما يؤدي إلى تعريف الشيء بنفسه؛ إذ استعمل لفظ(بعوض) في التعريف، ولو أنه بين معنى العوض لكان أولى؛ والعوض يعني البدل، فيصبح التعريف: المعاوضة نقل الملك ببدل.

وقد سميت المعاوضات عقودا؛ لأن كل واحد من عاقديها قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به[6].

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1/ص 16
(2) السيواسي، شرح فتح القدير: ج6/ص248
(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2 / ص194
(4) ابن منظور، لسان العرب، ج7/ ص192. الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص193
(5) الحطاب، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت 954هــ)، مواهب الجليل، ط2، بيروت: دار الفكر، 1398هــ،ج4/ص224
(6) الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (ت370هــ)، أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي. بيروت: دار إحياء التراث، 1405هــ، ج3/ص285

وهنالك من أطلق لفظ البيع على الإجارة؛ بجامع أن كلا منهما عقد على شيء في مقابلة عوض، وهو تعريف البيع ابتداء. واعتبر المالكية الإجارة مما شاكل البيع لهذا المعنى، كما إنهم اعتبروا الشركة أيضا مما شاكل البيع؛ من حيث إن كلا من الشريكين قد باع بعض ماله ببعض مال الآخر[1]. إلا أن الشركة قد اختصت بأحكام خاصة جعلتها تنفرد عن المعاوضات بما يعرف باسم(المشاركات)، ولذا فإنني لن أتناول عقود الشركات في هذا البحث؛ لكونه مخصصا في المعاوضات[2].

ثانيا:- التعريف بالمالية

---

(1) الحطاب، مواهب الجليل:ج4/ص224. العدوي، علي الصعيدي المالكي، (1412 هـ).حاشية العدوي، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي. بيروت: دار الفكر: ج2/ص177

(2) تقسم المعاملات إلى عدة أنواع:-

أ- **المعاوضات:** ويشترط فيها العلم بالعوضين، كما يشترط فيها كما يقول الشافعي:التسوية بين العوض والمعوض ذاتا ووصفا وحكما:فأما ذاتا؛ وذلك بأن يكون كل واحد من العوض والمعوض مالا، ووصفا بأن يكون كل واحد منهما يجوز أن يكون حالا ومؤجلا دينا وعينا، وحكما بأن يكون كل واحد منهما ركنا مقصودا بالعقد. (انظر:الزنجاني، أبو المناقب محمود بن أحمد، (ت656هـ)، تخريج الفروع على الأصول، تحقيق محمد أديب صالح. ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1398هـ:ج1/ص197).

- وقد عد ابن تيمية أربعة أنواع للمعاوضات، هي:-

أولا:- معاوضة مال بمال، كالبيع.

ثانيا:- بذل منفعة بمال سواء أكان هذا المال عينا أم دينا أم منافع، كالإجارة.

ثالثا:- بذل مال بنفع، كالجعالة.

رابعا:- بذل نفع بنفع، وقد عد منها المشاركات كالمضاربة؛ إذ إن أحد المتشاركين قد بذل نفع بدنه، والآخر بذل نفع ماله، ومثال آخر:كالتعاون والتناصر.(انظر: ابن تيمية، أبو العباس أحمد عبد الحليم الحراني، (ت728هـ)، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، تحقيق عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي. مكتبة ابن تيمية، ط2، ج20/ص505، ج29/ص15 ، ج29/ص189).

والواقع أن ابن تيمية وإن ضرب مثال المشاركات على هذا النوع الأخير من أنواع المعاوضات، إلا أنه لم يجعل المشاركات جنسا مندرجا تحت جنس المعاوضات؛ بدليل أنه نفى أن تكون المضاربة والمزارعة والمساقاة من أنواع الإجارة(التي هي من المعاوضات)، وبين أن هذه الأنواع إنما هي من باب المشاركات(ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج30/ص103). وقد ذكر هذا المثال هنا لما في المشاركات من شبه بالمعاوضة؛ حيث إنها بذل نفع مقابل نفع، والمنفعة قد تنزل منزلة الأموال، ولكن المشاركات في الوقت ذاته تختلف عن المعاوضات اختلافا بينا وخاصة في كون العوض والمعوض غير معلومين ابتداء، وإنما يعتمدان على الربح والخسارة.

ب- **المشاركات:** وهي جنس غير جنس المعاوضات، وإن كان فيها شوب من المعاوضة؛ مما جعل المالكية يعتبرون الشركات مما شاكل أو شابه البيوع؛ ووجه الشبه من حيث إن كلا من الشريكين قد باع بعض ماله ببعض مال الآخر. إلا أنها جنس مستقل بذاته. ويدخل فيها المضاربة والمساقاة والمزارعة، وهذه العقود مختلفة عن عقد الإجارة(الذي يعد من عقود المعاوضات)؛ لأن الإجارة يشترط فيها أن يكون العوض والمعوض معلوما، وأما هذه العقود المذكورة فلا يكون العمل ولا الربح معلومين فيها، وفي الإجارة إنما يقدم المستأجر على عقدها لاستيفاء منفعة ما، أما في هذه العقود فإنما يتشارك المتعاقدان بالربح إذا كان هنالك ربح، كما يتشاركان في الغرم والخسارة إذا لم يكن هنالك ربح(انظر: ابن عبد الهادي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت744هـ)، تنقيح تحقيق أحاديث التعليق، تحقيق أيمن صالح شعبان. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1998م: ج3/ص430).

ت- **التبرعات:** مثل الهبة والصدقة والوصية والكفالة والإعارة، وحوالة الدين المطلقة، وغيرها من العقود.

ث- **التوثيقات:** كالكفالة والرهن.

ج- **الإسقاطات:** كالإبراء من الدين، وكالوقف على قول أبي يوسف الذي يرى بأن الوقف من قبيل الإسقاطات.

ح- **الإطلاقات:** كالوكالة، وكالإذن للصبي المميز في التجارة.

(انظر:العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز السلمي،(ت660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام. بيروت: دار الكتب العلمية، ج 2/ص69، 70، 71. بك، أحمد ابراهيم،(1945م) مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام في الشرع الاسلامي.القاهرة، مكتبة عبد الله وهبة،ص49، 50، 51).

المال لغة: ما يملك من جميع الأشياء، وهو يطلق في الأصل على ما يملك من الذهب والفضة، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان(1).

المراد بالمال اصطلاحا:- عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة 126 المال: بأنه ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة، منقولا كان أو غير منقول(2).

وإنما قيدت مجلة الأحكام العدلية المال بإمكان ادخاره لإخراج المنفعة؛ لأن المنافع عند فقهاء الحنفية لا تعتبر مالا، وإنما يمكن تمليكها بموجب عقود التمليك بعوض أو بغير عوض؛ سواء أكانت منافع إنسان أو حيوان أو أشياء، كما يخرج به الحقوق المحضة؛ كحق التعلي وحق المرور وغيرها(3).

بينما رجح غير الحنفية إطلاق المال على المنافع أيضا(4).

والمعاوضة المالية المحضة:- هي التي يقصد فيها المال من الجانبين. ويكون المال مقصودا من الجانبين حقيقة كما في عقد البيع، أو حكما كما في عقد الإجارة؛ حيث إن المنافع تنزل منزلة الأموال. والمعاوضة المحضة هي التي يفسد العقد فيها بفساد العوض(5).

ثالثا:- التعريف بالناجزة

الناجزة لغة:- من نجز، نجز الكلام: انقطع، ونجز الوعد: أي وفى به، ونجز الشيء: فني وذهب. والناجز: الحاضر، يقال: أبيعكه الساعة ناجزا بناجز، أي معجلا(6).

ومن المعنى اللغوي يستفاد **المعنى الشرعي:-** حيث ذكر الفقهاء مصطلح المناجزة أو الناجزة، وأرادوا به أحد معنيين بحسب الموصوف بالمناجزة:-

1- فإما أن يوصف به العقد ذاته: وهو العقد الذي يترتب حكمه عليه فور انعقاده مستوفيا لأركانه وشروطه؛ إذ العقد المنجز سواء أكان معاوضة أم تبرعا: هو العقد التام بإيجاب وقبول(7).

وهو ما عرفه ابراهيم بك(1945م): " هو العقد الصادر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل(8) ".

فيكون العقد الناجز في مقابلة العقد المعلق كما في الطلاق المنجز، ومقابله الطلاق المعلق على أمر ما(9). وفيما يتعلق بعقد البيع، فالبيع الناجز هو البيع الذي يتم ساعة عقده؛ حيث يثبت لكل

---

(3) ابن منظور، لسان العرب، ج11/ ص635، 636، مادة (مول).
(4) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (ت852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب. بيروت: دار المعرفة، ج11/ ص592
(1) الزرقا، مصطفى أحمد، نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي، ج2/ ص77، 81
(2) أبو الفتح، تقي الدين، (ت702هـ)، إحكام الأحكام، بيروت: دار الكتب العلمية، ج3/ ص203. ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (ت852هـ)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق محب الدين الخطيب. بيروت: دار المعرفة، ج11/ ص592
(3) الزركشي، المنثور، ج2/ص402 ، 403
(4) ابن منظور، لسان العرب:ج5/ص413، 414.
(5) الدمياطي، أبو بكر ابن السيد محمد شطا، إعانة الطالبين. بيروت: دار الفكر للطباعة:ج3/ ص216
(6) بك، ابراهيم، مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من احكام في الشرع الاسلامي، ص171
(7) البركتي، قواعد الفقه:ج1/ص233

من المتعاقدين ملك عوض الآخر فور انعقاد العقد. وفي مقابله البيع بالخيار(ويقصد به خيار الشرط أو التروي)؛ لأن خيار الشرط مانع من الملك أو مانع من لزوم عقد البيع[1].

ومن الجدير بالذكر أن العقود جميعها يصح تنجيزها إلا ما لا يقبل ذلك بطبيعته؛ كالوصية، فإنها وإن انعقدت بصيغة تدل على التنجيز؛ كقول الموصي:- أوصيت لفلان بمبلغ من المال مثلا، إلا إنها لا تكون من العقود الناجزة؛ وذلك لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بقصد التبرع؛ بمعنى أنه عقد مضاف إلى المستقبل، أو معلق على موت الموصي[2].

2- وإما أن يوصف بهذا المصطلح الالتزام المترتب على العقد؛ حيث تشترط المناجزة بمعنى الفورية دون تراخ في بعض العقود بقبض العوضين مثلا كشرط لإتمام صحتها بعد انعقادها، كعقد الصرف عند المالكية[3]؛ وقد اعتبر ابن عرفة المناجزة ركنا في عقد الصرف[4].

والمراد من تخصيص عنوان البحث بمصطلح (الناجزة) هو المعنى الأول، وإن كنت قد تعرضت للمعنى الثاني في موضعه من خلال بحث أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصرف. وإنما قصدت المعنى الأول لأنني أود تخصيص البحث في العقود الموصوفة بكونها ناجزة لا العقود المعلقة أو المضافة إلى المستقبل، أيضا لأنني لن أبحث أثر الموت في الخيارات التي تمنع تنجيز العقد؛ لوجود رسالة أخرى تبحث في أثر الموت في الحقوق ومن ضمنها الخيارات[5]، فلا داعي لتكرار البحث فيها.

إلا أنني قد تطرقت لخيار العيب، لكونه يدخل ضمن التزام مهم من الالتزامات المترتبة على البائع؛ ألا وهو التزامه بضمان العيوب في السلعة. وهذا الالتزام يثبت على البائع دون حاجة لاشتراطه عليه من قبل العاقد الآخر. وأدعم مسلكي هذا في البحث في خيار العيب دون ما سواه من الخيارات، برأي المالكية في عدم اعتبار ثبوت خيار العيب في بيع ما على أنه بيع بالخيار ابتداء؛ فبيع الخيار عندهم والذي يقابل البيع الناجز، هو بيع وُقِفَ بَتُّهُ أولاً منذ ابتدائه على إمضاء يتوقع من الطرف المشترط للخيار ويأتي ذلك الإمضاء لاحقا. وهم بذلك أخرجوا بيع البت؛ وهو

---

(8) السيواسي، محمد بن عبد الواحد، (ت681 هـ). شرح فتح القدير.ط2، بيروت: دار الفكر، ج6/ ص247. ابن جزي الكلبي، محمد بن أحمد الغرناطي المالكي، (ت741هـ)، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية. بيروت: دار العلم للملايين، 1968م، ص251، ص277. الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحقيق مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر. بيروت: دار الفكر، 1415هـ، ج2/ ص296.

(1) الدمياطي، إعانة الطالبين،ج3/ ص216

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج8/ ص398. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص305

(3) الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (ت1122هـ)، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ، ج3/ ص362 .

(5) انظر: سرحان، أحمد، (2003م). أثر الموت في الحقوق المالية والشخصية، رسالة ماجستير، إشراف د. محمد عبد العزيز عمرو، الجامعة الأردنية، ص106- 135.

البيع الناجز، والذي يترتب حكمه عليه مباشرة، بلا توقف على إمضاء لاحق. وكذلك أخرجوا البيع ذو الخيار الحكمي؛ وهو البيع الذي ثبت فيه خيار العيب؛ لأنه كبيع البت، لا يتوقف بَتُّهُ منذ ابتدائه على إمضاءٍ يُتَوَقَّعُ، بل يثبت فيه الملك للمشتري منذ انعقاد عقد البيع، وإنما هو بيع آل إلى خيار، ومن هنا فلا حاجة إلى تقييد بيع الخيار بقولنا:- بيع الخيار الشرطي، لأن (بيع الخيار) لا يصدق على البيع ذو الخيار الحكمي، ويسمى خيارا حكميا لأنه جر إليه الحكم، كما بينا بأنه بيع آل إلى خيار[1].

ومن الألفاظ ذات الصلة بعنوان البحث ما يلي:-

1- **الحقوق الشخصية**:- الحق شخصي يقابله التزام دائما؛ لأنهما طرفان لرابطة واحدة؛ وهي علاقة الدائن بمدينه؛ فإذا نظر إلى هذه العلاقة من ناحية الدائن كان المنظور إليه هو حقه الشخصي، وإذا مانظر إلى هذه العلاقة من ناحية المدين المكلف كان المنظور إليه هو التزامه[2].

2- **الدين**:- نقل ابن نجيم تعريف الدين عن الحاوي القدسي[3] بأنه: **عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهلاك أو غيرهما**[4].

والمقصود هنا هو دين العباد:- وهو كل دين له مطالب من جهة العباد على أنه حق له؛ كثمن مبيع، وأجرة دار، ونحوها.

وحقيقة الدين: هي كل معاملة يكون فيها أحد العوضين نقدا، والآخر في الذمة نسيئة؛حيث إن العين عند العرب ما كان حاضرا، والدين ما كان غائبا[5].

والعلاقة بين الدين والالتزامات التعاقدية علاقة وطيدة؛ حيث إن من أحد أهم أسباب وجوب الدين على المدين التزامه بالمال في العقود المختلفة؛ ومن ضمنها عقود المعاوضات المالية؛ كالبيع والسلم والإجارة والاستصناع ونحوها[6].

من هنا فقد خصصت مباحث عدة في الحديث عن الديون المتعلقة بالتركة وأحكامها؛ وبالذات تلك الديون الناشئة عن الالتزامات التعاقدية في عقود المعاوضات المالية.

---

(5) الخرشي، حاشية الخرشي: ج5/ص453. الدسوقي، حاشية الدسوقي: ج4/ص149

(1) الزرقا، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد(نظرة عامة في فكرتي الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي)، ط2، مطبعة الجامعة السورية، 1949م، ج2/ ص35. الجمال، مصطفى، (1987م). النظرية العامة للالتزامات. مصر: الدار الجامعية، 1987م، ص 8

(2) هو كتاب الحاوي القدسي في الفروع للقاضي جمال الدين أحمد بن محمد بن نوح القابسي الغزنوي الحنفي المتوفى سنة خمسمائة وثلاثة وتسعون للهجرة، وسمي بالقدسي لأنه صنف في القدس، وهو على ثلاثة أقسام: قسم في أصول الدين، وقسم في أصول الفقه، وقسم في الفروع. (الرومي، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الحنفي،(ت1067هـ)، كشف الظنون. بيروت: دار الكتب العلمية، 1992م، ج1/ص 627).

(3) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد (ت970 هـ)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، وضع حواشيه وخرج أحاديثه زكريا عميرات. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ ـ 1999م ص305

(4) ابن العربي، أحكام القرآن، ج1/ص327

(5) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج21/ص110

ومن الجدير بالذكر أنه لا يصح إطلاق الدين والالتزام التعاقدي ككلمتين مترادفتين لمعنى واحد؛ ذلك إن الدين أعم من الالتزام التعاقدي، فالالتزام التعاقدي هو أحد موجبات الدين على المدين، وهنالك موجبات أخرى للدين، منها[1]:-

أ- الالتزام بإرادة منفردة؛ كالنذر بشيء من المال، والتزام المعروف عند المالكية.

ب- العمل غير المشروع (الفعل الضار)؛ كالقتل الموجب للدية، والجنايات الموجبة للأرش، وإتلاف مال الغير ونحو ذلك.

ت- هلاك المال في يد الحائز إذا كانت يد ضمان؛ بغض النظر عن سبب الهلاك؛ كتلف المغصوب في يد الغاصب، وهلاك المتاع في يد الأجير المشترك مع اختلاف بين الفقهاء في ضمان الأجير المشترك.

ث- تحقق ما جعله الشارع مناطا لثبوت حق مالي، فإذا وجد سبب من ذلك وجب الدين في ذمة من ألزمه الشارع به: كحلول الحول على النصاب في الزكاة، واحتباس المرأة في نفقة الزوجية، وحاجة القريب في نفقة الأقارب، ونحو ذلك.

3- **الضمان:**- المراد بالضمان المرادف لمصطلح الالتزامات التعاقدية هو: الالتزام بقبول على سبيل العوض، ولذلك فإنه يلزم لأنه في ضمن عقد، وليس المراد به الضمان عن الغير، المحتاج إلى وجود أصل مضمون (عقد الكفالة).

ومن الأمثلة على استعمال هذا المصطلح في هذا المعنى: أن يقول رجل لزوجته: إن ضمنت لي ألف دينار فأنت طالق، فضمنت له تلك الزوجة ألفا-بمعنى التزمت له بألف دينار، فإنها تصبح بائنة ويلزمها دفع الألف؛ وذلك لوجود الشرط في العقد المقتضي للإلزام إيجابا وقبولا؛ وهذا الشرط هنا يسمى بالشرط التعليقي[2].

4- **التقبل:**- **لغة:** هو قبول الشيء على وجه يقتضي ثوابا، كالهدية. وفي **اصطلاح الفقهاء** التقبل: هو الالتزام بعقد؛ يقال: تقبلت العمل من صاحبه: إذا التزمته بعقد[3].

لكن المثال الذي ضربه -الهدية- لا ينطبق على المصطلح إلا بحالة واحدة؛ لكون الهدية لا تقتضي بذاتها ثوابا، إلا أن تكون هبة بعوض(أي الهبة ذات الثواب).

وهذا المصطلح هنا مختلف عن معناه في شركة التقبل:- وهي أن يشترك صانعان فيما بينهما على تقبل الأعمال، ومن ثم يكون الربح بينهما والوضيعة عليهما كذلك على التساوي، ويكون

---

(6) انظر باقي موجبات الديون في الموسوعة الفقهية الكويتية، ج21/ص110- 115

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج3/ص272، 273

(2) المناوي، محمد عبد الرؤف، (ت1031هـ)، التعاريف. تحقيق محمد رضوان الداية. بيروت ودمشق: دار الفكر المعاصر، ط1، 410هـ، ج1/ص195

كل منهما كفيلا عن صاحبه فيما يلحقه بسبب الشركة[1].

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين:ج4/ص324. البركتي، قواعد الفقه: ج1/ص233

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود المعاوضات بشكل عام

ويتناول هذا المبحث خمسة مطالب.

- **المطلب الأول:- تأثير الموت في أهلية الإنسان**

تشترط لصحة الالتزامات التعاقدية أهلية الإنسان للتعاقد، وذلك في كلا المتعاقدين؛ الملتزم والملتزم له، فإن لم تتوافر هذه الأهلية تم ذلك بواسطة من ينوب عنه.

ويعتبر الموت من أهم العوارض السماوية التي تنافي وتعدم أهلية الإنسان بقسميها:- أهلية الوجوب، وأهلية الأداء[1].

فأما أهلية الأداء – وتعني صلاحية الإنسان لصدور فعل منه على وجه يعتد به شرعا – فإن أثر الموت ظاهر في إعدامها؛ وذلك لأن هذه الأهلية تستند إلى وجود قدرتين في الإنسان:- إحداهما:- القدرة على فهم الخطاب، وإنما يكون ذلك بالعقل، والأخرى:- القدرة على العمل بمقتضى ذلك الخطاب؛ ويكون ذلك بالبدن[2]. ولا شك بأن الموت ينافي القدرة، بل إنه لا عجز فوق العجز بالموت[3].

وأما أهلية الوجوب – وهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، فإنها تعتمد على وجود محل صالح لهذا الوجوب يسمى الذمة؛ والذمة هي وصف يصير به الإنسان أهلا للالتزام والإلزام[4]. وبالنسبة لأثر الموت في أهلية الوجوب، فإنه بالرغم من قول الفقهاء والأصوليين بانهدام أهلية الوجوب بالموت فيما يخص الالتزامات المستقبلية، إلا أنهم اختلفوا في بقاء ذمة الإنسان بعد موته بقاءً مؤقتا حتى تصفى الحقوق التي له والواجبات التي عليه، أو أنها تنتهي بمجرد الموت كذلك[5]. وسيأتي بيان مذاهب الفقهاء في هذه المسألة وما يترتب عليها من أحكام في المبحث الثالث من هذا الفصل[6].

---

(1) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، وضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ ـ 1997م، ج4/ ص335
(2) السمرقندي، علاء الدين شمس النظر محمد بن أحمد، (ت539هـ)، ميزان الأصول في نتائج العقول، تحقيق محمد زكي عبد البر. ط2، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، 1418هـ ـ 1997م، ص742
(3) ابن أمير حاج، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، (ت879هـ)، التقرير والتحبير وهو شرح تحرير الكمال بن الهمام في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، ضبطه وصححه عبد الله محمد محمود عمر.بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م، ج2/ ص252
(4) البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4/ ص335
(5) الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة(ذمة)، ج21/ ص277
(6) انظر المبحث الثالث: تكييف انتقال الحقوق المتعلقة بذمة المدين بعد وفاته، ص49

• المطلب الثاني: طرق انتهاء الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود المعاوضات

يمكن حصر الالتزامات الناشئة عن عقود المعاوضات بشكل عام في أمرين:- فإما أن يلتزم المتعاقد بالقيام بعمل مقابل عوض، أو أن يلتزم بالامتناع عن عمل مقابل عوض أيضا. ثم إن هذين الالتزامين إما أن يتعلقا بحقوق قائمة بأعيان معينة لدى المتعاقد الملتزم، أو بشخص الملتزم نفسه، وإما أن يتعلقا بذمة الملتزم.

وفي كل من هذه الالتزامات يعتبر الملتزم مدينا للطرف الآخر-الملتزَم له- في تنفيذ التزاماته تجاهه، إذ تعتبر هذه الالتزامات حقوقا شخصية للطرف الآخر، فإذا مات هذا المدين قبل أن يتمم تلك الالتزامات على الوجه المطلوب، فلا يكون الموت بحد ذاته مسقطا لالتزاماته ولا مبطلا للحقوق المترتبة عليه تجاه الآخرين، سواء أكانت تلك الالتزامات أو الحقوق سابقة على وفاته، أم كانت حاصلة بعد وفاته، ولكنها تعود إلى سبب كان قد باشره قبل وفاته.

وإنما ينتهي التزام الشخص بشكل عام بإحدى ثلاثة طرق [1]:-

1- الانتهاء بالأداء؛ وذلك بأن يقوم المتعاقد أو نائبه بأداء الالتزامات المترتبة عليه.

2- انتهاء الالتزام بالإبراء من قبل الدائن - صاحب الحق الشخصي الذي يتعلق التزام المدين به.

3- انتهاء الالتزام نتيجة لفسخ أو انفساخ سبب الوجوب؛ وذلك كما لو حل أجل تسليم المسلم فيه بموت المسلم إليه في غير وقت وجود ذلك المسلم فيه، فمثلا هنالك قولان عند الشافعية[2] في هذه الحالة: إما أن العقد ينفسخ تلقائيا، أو أن رب السلم يخير بين فسخه أو الصبر إلى حين وجوده.

وبالموت لم يتحقق أي من هذه الطرق حتى يقال بانتهاء الالتزام وسقوطه بالموت.

قال الزركشي: [وأما حقوق الآدميين المالية فإنما تجب بسبب مباشرته من التزام أو إتلاف، ولا تسقط بالعجز أصلا.ثم إن كانت مؤجلة، فلا تستحق إلا بحلول الأجل][3].

والموت هو عجز كلي، فلا تسقط الالتزامات به، بل إن المتتبع لنظام التركات والمواريث[4] في الشريعة الإسلامية، ليدرك حرص الشريعة الاسلامية على إيصال الحقوق إلى مستحقيها، وتبرئة ذمة المتوفى من أي دين أو التزام يحول بينه وبين حبس نفسه في القبر، ومنعها من أن

---

(1) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص204

(2) الشربيني،مغني المحتاج:ج2/ص106. الشرواني،حواشي الشرواني:ج5/ص14. النووي، روضة الطالبين: ج4/ص11، 12. الحصيني، أبو بكر تقي الدين بن محمد الحسيني الشافعي، كفاية الأخيار،تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان.ط1، دمشق: دار الخير، 1994م، ج1/ ص252

(3) الزركشي، المنثور، ج2/ ص60

(4) نظام المواريث:يحدد حق الإرث في حد ذاته؛ بحيث يحدد الوارث من غيره، وكيفية تقسيم الإرث بين الوارثين. بينما نظام التركات يحدد المحل الذي يتعلق به حق الإرث وهو التركة، وما تشتمل عليه، والحقوق المتعلقة بالتركة بشكل عام، فنظام التركات أوسع من حيث الحقوق المتعلقة به، بينما نظام المواريث إنما يتناول حقا واحدا من الحقوق المتعلقة بالتركة وهو حق الإرث.(السباعي:مصطفى، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، ص441)

تكون منبسطة مع الأرواح في عالم البرزخ[1]، وكذلك منعها من دخول الجنة في الآخرة[2]؛ كما جاء في تفسير قوله عليه السلام:- [نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه][3].

ويمكنني إضافة طريقة رابعة لانتهاء الالتزام؛ وهي ما إذا مات الدائن وورثه مدينه وكان ذلك المدين هو الوارث الوحيد لدائنه. وهذه إحدى صور اتحاد الذمة التي تسقط التزام المدين تجاه دائنه أو توقف نفاذ ذلك الالتزام على الأصح ــ كما أشار إلى ذلك السنهوري(1960م)؛ لأن الوارث يصبح مدينا لنفسه لاجتماع صفتي الدائن والمدين فيه عندئذ، وعليه فيرث ذلك المدين كل الدين الذي في ذمته للتركة[4]. كما لو مات المحال في عقد الحوالة المقيدة وكان المحال عليه الوارث الوحيد له، ففي هذه الحالة يسقط التزام المحال عليه تجاه المحال وكذلك تجاه المحيل؛ لأنه عندئذ يصبح ملتزما بأداء دين الحوالة تجاه نفسه؛ لاجتماع صفتي المدين والدائن كذلك فيه بعد موت مورثه الدائن له[5].

والأصح أن هذه الحالة توقِفُ نفاذ الالتزام ولا تؤدي إلى انقضائه كليا؛ لأن حكم استحقاق ذلك الدين ــ وهو المطالبة به ــ إنما تعطل بموت الدائن ولا وارث له سوى ذلك المدين، فإذا ظهر هنالك ورثة أو دائنون لذلك المتوفى طولب ذلك المدين بدين مورثه، كما لو لم يكن المدين هو الوارث الوحيد لدائنه ابتداء[6]؛ حيث لا يسقط التزام المدين بأداء دين مورثه إلا بمقدار ما يؤول إليه منه من طريق الميراث، ويبقى ملتزما تجاه تركة مورثه أو تجاه الورثة الباقين بباقي الدين. فلو كان المدين لأبيه وارثا أباه مع أخ له فقط، فإنه يستحق نصف التركة ، فيسقط التزامه بنصف الدين الذي لأبيه والذي سيؤول إليه من طريق الميراث، بينما يبقى ملتزما بالنصف الباقي تجاه أخيه الوارث. وإذا كان هنالك غرماء للمتوفى، وجب على الوارث المدين أداء الدين كاملا للتركة؛ وذلك عملا بقواعد الشرع التي تقضي بأنه لا ميراث إلا بعد سداد الديون[7].

وفي مقابل هذه الصورة، ذكر السنهوري(1960م) أنه إذا مات المدين وورثه دائنه، فلا يتصور اتحاد الذمة في هذه الحالة، سواء أكان الوارث وحيدا أم لا؛ لأن قواعد الميراث في الشريعة الاسلامية تقضي بعدم استحقاق الورثة الميراث إلا بعد سداد ديون المتوفى. وعليه فلا يسقط التزام المدين المتوفى بموته في هذه الحالة، ويستوفي ذلك الدائن دينه من تركة مورثه المدين ابتداء كغيره

---

(1) البرزخ:هو المدة التي تكون بين الموت والبعث، فمن مات فقد دخل البرزخ (حواشي الشرواني:ج5/ ص50)
(2) الشرواني: حواشي الشرواني، ج5/ ص50
(3) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، رقم الحديث:2219، ج2/ ص32، وقال: حيث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه.
(4) السنهوري، الوسيط، ج3/ ص944، 946، 947
(5) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص249، 250
(6) السنهوري، الوسيط، ج3/ ص944
(7) ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1/ ص263

من الدائنين الأجانب[1]، ثم بعد ذلك يستحق نصيبه في الميراث المقرر له شرعا كغيره من الورثة[2].

لكن هذا القول الأخير عند السنهوري ليس مسلما به على إطلاقه عند الفقهاء القدامى، حيث إنني وجدت فتوى عند جماعة من الشافعية تقضي بعدم جواز استيفاء الوارثِ دينَه من تركة مورثه، فيبقى ذلك الدين متعلقا بذمة المدين المتوفى ولا يستوفيه وارثه من تركته. ومستند هذا الرأي عند الشافعية هو قولهم بانتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد موت مورثهم وإن تعلق بالتركة دين، إذ إن الدين لا يمنع الإرث[3]. وعليه فإن الوارث لا يثبت له في ملكه حق استيفاء دينه منه، لأن الوارث الدائن يصبح في هذه الحالة دائنا لنفسه، لانتقال ملك التركة إليه بمجرد موت مورثه قبل سداد ديونه. وبناء على هذه الفتوى، فإنه يتصور اتحاد الذمة بين الدائن الوارث وبين مورثه إذا توفي مدينا له، فيسقط التزام المدين في هذه الحالة ولا يستوفى دينه من تركته.

وبرأيي أن هذه الفتوى غير منصفة بالنسبة للدائن الوارث، خاصة إذا كان مع الوارث غرماء آخرون وورثة، فهل يسقط حقه في دينه لا لشيء إلا لكونه وارثا، وما الفرق بينه وبين باقي غرماء المتوفى؟ فإذا لم يكن هنالك فرق بينه وبينهم في استيفاء ديونهم حال حياة المدين، فكيف نسقط حقه من تركته بعد مماته؟ وقد لا تكفي التركة لسداد غرماء المتوفى الباقين، فيحرم ذلك الدائن الوارث حتى من استيفاء دينه فضلا عن حرمانه من الميراث في هذه الحالة. من هنا فإنني أعتقد بوجوب تقييد مثل هذه الفتوى بحالة كون هذا الوارث وحيدا بحيث لا ورثة ولا غرماء ولا موصى لهم معه، فلا يترتب عليه في هذه الحالة ضرر لأن التركة تؤول إليه وحده.

وفي مقابل هذه الفتوى فقد أفتى جماعة أخرى من الشافعية بأن الوارث يستوفي دينه أولا كاملا من تركة مورثه إذا اتسعت لذلك، وإلا يحاصص به الغرماء، عملا بقواعد الشريعة التي تقضي بأنه لا ميراث إلا بعد سداد ديون المتوفى عموما، دون تفرقة بين دين الوارث وغير الوارث. وقد بين السبكي بأن هذه الفتوى هي الأوضح والأسهل، وبأنها تنسجم مع القول بعدم انتقال التركة إلا بعد سداد الدين عموما[4]. ومضمون هذه الفتوى هو الذي استند إليه السنهوري في رأيه.

إلا إن السبكي قد صحح فتوى ثالثة اعتبرها الأدق لابتنائها على الصحيح من قول الشافعية بانتقال ملكية التركة إلى الورثة قبل سداد ديون المتوفى عموما. وهذه الفتوى هي أن الدائن الوارث يستوفي من تركة مورثه قدر دينه مطروحا منه نسبة ما كان يلزمه أداؤه من ذلك الدين فيما لو كان الدين لأجنبي إذا كان الدين مساويا للتركة أو أقل منه، أو ما يلزمه أداؤه فيما لو كان الدين أكثر من التركة، حيث إن الوارث إنما يلزم بأداء دين مورثه في حدود تركته لا أكثر[5]. وعليه فيسقط التزام المورث تجاه دائنه الوارث بقدر ما يلزم الوارث أداءه ــ بحسب حصته من ذلك الدين ــ فيما لو

---

(8) جاء في حاشية ابن عابدين، ج5/ ص417:[لو كان الدين لبعض الورثة فهو كدين الأجنبي بالنسبة إلى باقي الورثة].

(9) السنهوري، الوسيط، ج3/ ص947

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322، 323

(2) السيوطي، المصدر نفسه، ج1/ ص322، 323

(3) السيوطي، المصدر نفسه، ج1/ ص322، 323

كان الدين لأجنبي، وهذه الصورة يمكن إضافتها إلى صور انقضاء الالتزام ولكن ليس انقضاؤه بشكل كلي، وإنما بشكل جزئي.

وقد وضح السبكي فتواه بالمثال التالي: فإذا مات المورث المدين بعد أن قبض أجرة الدار من ابنه، وكان له ابنان، فعلى القول بانفساخ الإجارة في هذه الحالة، فإن الابن المستأجر يستحق الرجوع على التركة بنصف الأجرة، حيث يحسب دينه الأصلي مطروحا منه نسبة إرثه منه التي كان ينبغي عليه أداؤها فيما لو كان الدين لأجنبي[1]، وهو بالحساب كما يلي:-

إذا كانت الأجرة المعجلة مائة دينار، وانفسخت الإجارة بموت الأب قبل أن يستوفي الابن المستأجر المنافع، ولم يكن على الأب دين لغرماء آخرين غير ابنه، فيكون نصيب كل واحد من الابنين نصف التركة بحسب قواعد الميراث، وهنا تحسب الأجرة المستحقة للابن حسب القانون التالي:-

الدين المستحق = الدين الأصلي ــ نسبة إرثه من الدين فيما لو كان الدين لأجنبي

$$= 100 - \frac{1}{2} \times 100$$

= 50 دينارا الأجرة التي يستحق الابن استرجاعها من التركة.

وتبرر هذه الفتوى بأن الذي ينتقل إلى الوارث حقيقة من أي دين فيما لو أبرأ الدائن الأجنبي المتوفى منه هو نسبة إرثه منه وليس كله، كما أنه يلزمه أداء تلك النسبة منه للدائن إذا لم يبرئ ذلك الأجنبي المتوفى منه. وبما أن الوارث الدائن لا يستحق استيفاء دينه من ملكه؛ فذلك يعني أنه لا يستحق استيفاء دينه من تلك النسبة من الدين التي يمكن أن تؤول إليه بالإبراء مثلا وليس من كل الدين، لأنه لا يكون مالكا لباقي الدين، ومن ثم فيستحق استيفاء هذا الباقي لو كان الدين له لأنه ليس من ملكه ولا يؤول إليه ملكه، وإنما يؤول إلى باقي الورثة فيما لو كان لأجنبي، ولذلك تطرح نسبة إرثه منه[2].

- **المطلب الثالث:- تحديد من يقوم مقام المتوفى بتنفيذ التزاماته التعاقدية**

الأصل أنه إذا كان المورث قد عين وصيا على التركة قبل موته، فيقوم هذا الوصي بتنفيذ التزامات المورث بعد موته؛ بموجب ذلك التعيين. فيقوم مثلا ببيع بعض التركة من أجل سداد الديون بالرغم من وجود الوارث، إلا إذا اختار الوارث استبقاء أعيان التركة ودفع قيمتها لكي تسدد منها الديون[3].

---

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322، 323

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص146

(3) ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم، الأشباه والنظائر، ص301. ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، (ت970 هــ). البحر الرائق. ط2، بيروت: دار المعرفة، ج8/ ص522. ابن قاضي سماوه، محمود بن اسماعيل، جامع الفصولين. القاهرة: المطبعة الكبرى الميرية ببولاق، ج2/ ص23، 24. ابن عابدين، حاشية ابن

وفي أيامنا هذه قد يكون الوصي المعين من قبل الشخص قبل وفاته هو البنك؛ حيث تقوم البنوك بشكل عام في بلادنا وفي البلاد الأجنبية من قبلنا، وأيضا البنوك الاسلامية بإدارة الممتلكات والتركات والوصايا، فبالنسبة لإدارة الممتلكات فيكون ذلك في حياة العميل؛لتخفيف أعباء متابعة ممتلكاته، وبالنسبة لإدارة التركات والوصايا؛ فيكون ذلك بتصفية تركات العملاء وتنفيذ وصاياهم، وذلك درءا للمنازعات العائلية التي غالبا ما تأتي نتيجة اقتسام التركة فيما بينهم. ويقدم البنك هذه الخدمات مقابل مبلغ من المال يدفعه العميل لذلك[1].

وأما إذا لم يعين وصيا قبل موته، قام الورثة مقام مورثهم في تنفيذ التزاماته ضمن حدود التركة؛ وإنما يملك الوارث ذلك بطريق الخلافة عن الميت، فيقوم مقام مورثه كأنه حي، ويلزمه ما يلزم مورثه؛ فيصح إثبات الدين عليه، ويرد المبيع بعيب على ذلك الوارث. وهكذا بخلاف ملك الموصى له؛ حيث إنه ليس خلافة عنه، بل بموجب عقد تملكه ابتداء، فلا يقوم مقام المتوفى بأي من التزاماته؛ وهذا بدهي إذا تتبعنا الحقوق المتعلقة بالتركة وأولوية الوفاء بها كما جاءت عند الفقهاء؛ إذ إنهم يقولون بوجوب الوفاء بديون المورث ابتداء، وقبل الوفاء بوصيته، فلا يصار إلى تنفيذ وصيته إلا بعد الوفاء بالتزاماته كاملة، ومن ثم فلا يقوم الموصى له ــ وهو ليس نفسه وصي التركة ــ بتنفيذ التزاماته، فلا يرد المبيع بعيب عليه، ولا تثبت عليه ديون المتوفى.

وفي حالة استغراق التركة بالديون، فإذا رفض الورثة في هذه الحالة القيام مقام مورثهم في إيفاء الديون، يقوم القاضي أو المأمور بذلك بتعيين وصي على التركة؛ وذلك بأن يشهد عند القاضي أن فلانا مات ولم ينصب وصيا[2].

وقد بين ابن نجيم المواضع التي ينصب فيها القاضي وصيا على التركة في هذه الحالة، وهي:- إذا كان على الميت دين أو له دين على غيره، وإذا كان للميت ولد صغير، وفيما إذا اشترى الوارث من مورثه شيئا وأراد رده بعيب ظهر فيه بعد موت مورثه، وإذا كان أب الصغير مبذرا مسرفا فينصب القاضي وصيا لحفظ ماله[3].

وأما عن المطبق فعليا في الأردن فيوضحه نص المادة 1087 من القانون المدني الأردني: [إذا لم يعين المورث وصيا لتركته، جاز لأحد أصحاب الشأن أن يطلب من المحكمة تعيين وصي يجمع الورثة على اختياره من بينهم أو من غيرهم، فإذا لم يجمع الورثة على اختيار أحد، تولت

عابدين، ج5/ص416. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج3/ ص102. الشوكاني، نيل الأوطار، ج6/ ص166، 168: وقد نقل الشوكاني الإجماع على أن للوصي استيفاء ديون الميت وإيفاءها ؛ وذلك لنيابته عنه.

(1) حمود، سامي حسن أحمد، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية، ص342،341

(2) ابن نجيم،الأشباه والنظائر، ص301. ابن نجيم،البحر الرائق،ج8/ ص522. جامع الفصولين،ج2/ ص23، 24 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416. البجيرمي،حاشية البجيرمي،ج3/ ص102

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص301

المحكمة اختياره بعد سماع أقوالهم]. ومن ثم يقوم الوصي بتسلم أموال التركة وتصفيتها برقابة القاضي، وتتحمل التركة نفقات تصفيتها[1].

ومما يجدر ذكره أن الفقهاء عندما تناولوا بيان أثر الموت المفاجئ في العقود، أي الموت الذي لم يسبقه مرض الموت، ذكروا في أغلب المواضع قيام الورثة مقام مورثهم في تنفيذ التزاماته، ولم يذكروا وصي التركة إلا عند حديثهم بشكل عام عن أحكام التركات، وقد يرجع ذلك إلى أن الإنسان في صحته، لا يلتفت إلى الموت بشكل جدي، ومن ثم فلا يعين وصيا للتركة، فإذا مات ولم يعين وصيا، انتقلت التزاماته إلى ورثته كما بينا ذلك.

• المطلب الرابع:- ماهية الالتزامات التعاقدية المنتقلة من السلف إثر وفاته

تناول الفقهاء موضوع الالتزامات التعاقدية المنتقلة من السلف إثر وفاته إلى الخلف (الورثة) أو إلى الوصي، في معرض حديثهم عن الحقوق المتعلقة بالتركة وترتيبها من حيث أحقية الوفاء بها ونحو ذلك. من هنا فإنني سأبحث هذه الحقوق المتعلقة بالتركة في ثلاثة أفرع.

* الفرع الأول:- تعريف التركة

التركة لغة[2]: أصلها من ترك الشيء: أي خلاه. وتركة الميت: ما يتركه من التراث المتروك.

والتركة في اصطلاح الفقهاء هي أيضا ما يتركه الميت، ومِنَ الفقهاء مَنْ حدد هذا التعريف:

- جاء في تعريف الحنفية للتركة: ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه[3].

- وعند الشافعية التركة هي: [ما تخلف عن الميت ولو بسبب، أو غير مال؛ كاختصاص، ولو خمرا تخللت بعد موته، وحد قذف وخيار وشفعة، وما وقع من صيد بعد موته في شبكة نصبها قبله، وإن انتقل ملك الشبكة للوارث، ودية قتل، ولو بعفو عن قصاص من وارثه][4].

وهكذا فنخلص إلى القول بأن التركة تشمل كل ما ملكه الإنسان قبل وفاته ملكا حقيقيا، فلا تعتبر الودائع ولا العواري مثلا داخلة في تركته؛ لكونها لم تكن داخلة في ملكه أساسا حال حياته. وكذلك تشمل ما ملكه بعد وفاته بسبب يعود إلى فعل باشره حال حياته؛ كالصيد الذي وقع في الشبكة بعد أن مات، وإن كان قد وضع الشبكة ولم يصطد حتى مات، وهذا مثال توضيحي يقاس عليه غيره.

* الفرع الثاني:- ماهية الالتزامات التعاقدية المتعلقة بالتركة وأولوية الوفاء بها

أولا: ماهية الالتزامات التعاقدية المنتقلة من المتوفى إلى نائبه

أصّل ابن رجب الحقوق الواجبة المنتقلة من المتوفى إلى نائبه في القاعدة الرابعة والأربعين بعد المائة في كتابه القواعد تحت عنوان: [فيما يقوم فيه الورثة مقام مورثهم من الحقوق، وهي نوعان: حق له وحق عليه]. فأما النوع الأول فليس موضوع بحثي، وإنما موضوع البحث هو النوع

---

(4) المكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2/ ص676

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج10/ ص405

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق: ج6/ ص229، 230

(4) قليوبي، حاشية قليوبي:ج3/ ص135

الثاني: حيث فصل فيه ابن رجب بقوله: [النوع الثاني: الحقوق التي هي على المورث؛ فإن كانت لازمة، قام الوارث مقامه في إيفائها. وإن كانت جائزة: فإن بطلت بالموت فلا كلام، وإن لم تبطل بالموت، فالوارث قائم مقامه في إمضائها وردها][1].ومن ثم فقد خرج على هذه القاعدة مسائل؛ منها: إذا مات وعليه ديون فللورثة تنفيذها إذا لم يعين وصيا[2].

وهكذا يستفاد من هذه القاعدة عند ابن رجب أن الالتزامات التي تنتقل من المتوفى إلى نائبه هي تلك الالتزامات اللازمة للمتعاقد حال حياته، فكذا تكون لازمة لمن يقوم مقامه بعد مماته. وأما الالتزامات غير اللازمة (أي الجائزة) لأحد المتعاقدين أو لكليهما حال حياتهما، فينظر فيها: فإن كانت تبطل بالموت؛ فلا تنتقل إلى نائبه لهذا السبب، وإن كانت لا تبطل بالموت، فالوارث مخير فيها بين الإمضاء أو الرد، تماما كما كان حال مورثه بالنسبة لها حال حياته، حيث لم تكن لازمة له. وسيأتي تطبيق هذه القاعدة على كل عقد من العقود المشتمل عليها هذا البحث من حيث لزوم ذلك العقد أو عدم لزومه في موضعه.

ومن جهة أخرى، فإن المنتقل من الالتزامات التعاقدية التي على المورث إلى نائبه إنما هي تلك الالتزامات المتعلقة بحقوق الآدميين المالية الناشئة عن هذه التعاقدات ، والتي يمكن أداؤها من التركة، فلا تسقط هذه الحقوق بالعجز، والموت عجز كلي[3].

قال ابن قدامة: [الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه إلا ما أمكن دفعه من تركته، والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل، فإن لم تكن له تركة، أو تعذر الاستئجار منها، فلرب المال الفسخ؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فيثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه][4].

وفي قول ابن قدامة هذا تفرقة بين نوعين من الالتزامات، وهما: الالتزام بأداء مال، والالتزام بأداء عمل، فلا إشكال في النوع الأول؛ لأنه يمكن أداؤه من تركة المتوفى؛ وذلك لأن مال المتوفى محل صالح لقضاء الدين منه، والوجوب في أداء الديون لأصحابها غير مطلوب لعين المدين، بل للاستيفاء؛ بمعنى أنه لا يتوقف أداء ديون العباد على نية المدين واختياره وفعله هو بالذات، بل المطلوب استيفاء الدين وإيصال الحقوق إلى أصحابها، بغض النظر عن فعل المدين أو غيره، حتى لو ظفر أصحاب الديون بأموالهم عند المدين، كان لهم أخذها، وينقضي التزام المدين بذلك الأخذ. وهذا بخلاف العبادات؛ إذ المقصود من التكليف بها أداء الشخص لها مختارا، وقد سقط اختياره بموته، فلا يبقى التكليف بها بعد موته، إلا أن يكون قد أوصى بأدائها قبل موته؛ كأداء

---

(4) ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الاسلامي، ص306
(5) ابن رجب، المصدر نفسه، ص306
(1) الزركشي، المنثور، ج2/ ص60
(2) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص235

الزكاة، فإن لم يكن قد أوصى بها، وظفر الفقير بمال الزكاة، فليس له أخذه، وإن لم تسقط الزكاة عن صاحب المال المتوفى[1].

ولكن الإشكال يحصل في النوع الثاني؛ وهو الالتزام بعمل، حيث لا يمكن أداؤه من تركة المتوفى بصورة مباشرة، إلا إنه ينظر: فإذا كان رب العمل غير مشترطٍ عمل المتوفى بنفسه، فهنا يمكن أن يؤدى العمل بنائبه أو يمكن استئجار من يقوم بالعمل مقامه من تركته، وهنا لا يخلو الأمر من أحد شيئين: إما أن يوجد في التركة ما يوفى به عمله أو لا: فإن وجد في التركة ما يوفى به فينقضي التزام المتوفى بالاستئجار منها لتأدية ذلك العمل، وإن لم يوجد في التركة وفاء، أو وجد وتعذر الاستئجار منها لسبب ما، ففي مثل هذه الحالة يثبت لرب العمل حق فسخ العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه، كما لو أفلس المشتري قبل قبض المبيع من البائع وقبل تأدية الثمن. فإذا اختار الفسخ سقط التزام المتوفى بانفساخ سبب وجوب ذلك الالتزام.

وإذا كان رب العمل مشترطا عمل العامل بنفسه، ففي هذه الحالة يتعذر الاستئجار من تركته لتأدية عمله؛ لكونه مشترطا للعمل بنفسه، وتلحق هذه الحالة بحكم النوع الثاني أيضا؛ كما جاء في مواهب الجليل: كما جاء في مواهب الجليل فيما يتعلق بموت الأجير على الحج عن الغير إذا مات قبل إتمام أعمال الحج: [الأجير على الحج إذا مات، فله من الأجر بحساب ما سار.... وهذا في الإجارة بأجرة معلومة في عين الأجير. وأما إذا كان الحج بأجرة معلومة وكان مضمونا، فسيأتي أنه إذا مات يقوم وارثه مقامه في ذلك، ولكن ليس ذلك بلازم للورثة، بل يؤخذ من تركته أجرة حجه؛ قاله المتيطي وسند][2].

ومن هذه النص تستفاد قاعدة في التمييز بين نوعين من الالتزامات بالنسبة للالتزام بالعمل؛ فإما أن يلتزم العامل بالعمل بنفسه، فينفسخ العقد بوفاته، ولا يقوم غيره مقامه بعمله. وإما أن يلتزم العمل في ذمته، فيكون حكمه كما بينت في حالة موت الأجير غير المشترط عمله بنفسه. وقد جاء تطبيق هذه القاعدة كذلك على أنواع العقود الواردة على العمل أو المنفعة في هذا البحث.

ثم إن كانت هذه الالتزامات حالة على المتعاقد حال حياته، فتنتقل كذلك حالة إلى نائبه بعد وفاته. أما إذا كانت مؤجلة، فهنا وقع الخلاف، كما سيأتي بيانه في الفرع الثالث من هذا المطلب[3].

وقد حصر الفقهاء الحقوق المتعلقة بالتركة بشكل عام بالاستقراء في خمسة أنواع:- وهي إما حقوق للميت؛ وهي مؤن تجهيزه. أو حقوق عليه؛ وهي قسمان: إما أن تتعلق بذمة الميت(وهو الدين المطلق أو الدين المرسل)[4]، أو أن تتعلق بعين معينة من التركة. أو حق ليس له ولا عليه؛

---

(3) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص252. البخاري،علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4/ ص435. الجُرْجاني، علي بن محمد، (ت814هــ)، شرح السراجية، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. مصر: مطبعة مصطفى البابي، 1944م، ص4

(1) الحطاب، مواهب الجليل، ج2/ ص550

(2) انظر ص32 من هذه الرسالة.

(3) الحقوق المتعلقة بذمة المدين المتوفى (الديون المرسلة):وهي قد تكون حقوقا لله تعالى؛ كالزكاة والكفارات والحج، أو قد تكون حقوقا للعباد ناشئة بسبب الصلة كنفقة الزوجة والأقارب. أو قد تكون ناشئة عن العقود المختلفة، ومن ضمنها عقود المعاوضات؛ وهذه هي الديون المرسلة ــ المطلقة أو الخالية من الرهن الجعلي ــ التي التزم بها الشخص قبل وفاته في ذمته، سواء أكانت تلك الديون أثمانا، أم كانت مما هو في حكمها من المثليات أو العدديات

وهو إما أن يكون حقا اختياريا وهو الوصية، أو اضطراريا وهو الميراث، وهكذا يتحصل خمسة أنواع من الحقوق المتلعقة بالتركة سواء أكانت ثابتة قبل الموت أم أنها ثبتت بالموت[1].

وأما الحق الذي يترتب على انتقال الالتزامات التعاقدية من المتوفى إلى نائبه فهو إما حق يتعلق بعين معينة من التركة أو حق يتعلق بذمة الميت، وهذان النوعان هما موضوع البحث.

ويمكن تقسيم الالتزامات المتعلقة بأعيان معينة من التركة إلى قسمين:-

أ- فقد يكون هذا الالتزام متعلقا بحق قائم في عين مملوكة ملكا تاما للدائن؛ كحق المشتري في تسلم سلعته التي دفع ثمنها للبائع، ولكن البائع مات مفلسا قبل تسليمها له. وكحق البائع في حبس سلعته عنده قبل تسليمها للمشتري إذا مات المشتري مفلسا قبل أداء ثمنها أو جزء منه له قبل وفاته [2].

ب- وقد يكون هذا الالتزام متعلقا بحق للدائن قائم في عين مملوكة للمدين؛ كما إذا كان الحق الملتزم به مقتصرا على منفعة العين دون رقبتها؛ كحق المستأجر بتسلم العين المؤجرة ليستوفي المنفعة منها مقابل الأجرة المعجلة أو المؤجلة. أو قد يكون هذا الالتزام متعلقا بدين ثابت في ذمة المدين لكنه مقيد برهن جعلي ــ اختياري ــ معين من ماله، وكان المرتهن قد حازه قبل موت الراهن حوزا شرعيا، فيقدم في الأداء على الديون المرسلة التي لم تكن مقيدة برهن ما؛ لأن المرتهن له الحق في بيع هذه العين المرهونة وأخذ سداده من ثمنها إن لم يُقْضَ دينُه، في حين لا يملك صاحب الدين المرسل ذلك، ويكون أسوة بدينه لباقي الغرماء[3].

ويتعلق الالتزام بهذه الحقوق في حالة بقاء تلك العين المعينة بعد موت الملتزم، أما إذا لم تكن تلك العين باقية، كأن كان التزام الشخص بتسليم سيارة معينة للمشتري، ولكن تلك السيارة تلفت قبل التسليم، فهنا لا يتعلق هذا الالتزام بغير العين المعينة ابتداء، كما لا يدرج ضمن الديون المتعلقة بذمة الملتزم فيما يستقبل من مدة بعد وفاته؛ لعدم كونه مندرجا ضمنها ابتداء حال حياته، ويسقط الالتزام في هذه الحالة.

وقد قدمت هذا التقسيم كتمهيد أنطلق منه لبيان محال الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء في أولوية الوفاء بالحقوق المتعلقة بالتركة والناشئة عن الالتزامات التعاقدية.

تحرير محل النزاع:-

المتقاربة، أم كانت أعمالا التزم العامل القيام بها في ذمته، فلا يلزمه تأديتها بنفسه، أم كانت أعيانا موصوفة في ذمة الملتزم؛ كمن أجر سيارة موصوفة في الذمة لا بعينها، فجميع هذه الصور تعتبر أمثلة على ديون كانت ثابتة في ذمة الملتزم المدين. (انظر: البخاري، كشف الأسرار، ج4/ ص435.

(4) الحصكفي، الدر المختار، ج6/ ص759 – 761. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص229، 230. الحطاب، مواهب الجليل، ج6/ ص406

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق: ج6/ ص229، 230

(1) الجرجاني، شرح السراجية، ص4. مالك بن أنس، المدونة،ج9/ ص58. الدردير، الشرح الكبير، ج4/ ص457. الحطاب، مواهب الجليل:ج6/ ص406. التاج والإكليل، ج6/ ص405

اتفق الفقهاء الأربعة على تقديم الوفاء بالحقوق المتعلقة بعين معينة من التركة إذا كان ذلك الحق متعلقا بملكية الدائن لتلك العين ملكية تامة؛ كحق المشتري في تسلم المبيع إذا أدى ثمنه ومات البائع قبل تسليمه إياه، بحيث يقدم هذا الحق على سائر الديون المتعلقة بالتركة[1].

كما اتفقوا على تقديم الوفاء بالحقوق المتعلقة بعين ما عموما على الديون المرسلة وعلى الوصايا والميراث[2].

لكنهم اختلفوا في تقديم الحقوق المتعلقة بعين معينة من التركة إذا كانت مملوكة للدائن ملكية ناقصة، كحق الدائن في الرهن ونحوها، على حق المتوفى في تجهيزه أو لا.

سبب الخلاف

يعود سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اعتبار هذه الأعيان التي تعلقت بها حقوق للآخرين مع بقاء ملكيتها للمتوفى مندرجة ضمن أموال التركة أم لا. فعلى القول بعدم اندراجها ضمن أموال التركة فلا وجه لتقديم مؤنة تجهيز الميت منها؛ لكونها لا تدخل في التركة أساسا حتى توفى الديون المتعلقة بها، وأما الذين قالوا باندراجها ضمن أموال التركة فقد ذهب فريق منهم إلى القول بعدم تجهيز الميت منها أيضا؛ لأن تعلق الحقوق بتلك الأعيان متقدم على صيرورة تلك الأعيان تركة، فالأولوية للمتقدم. وأما الفريق الآخر فقد ذهب إلى تقديم الوفاء بتلك الحقوق المتعلقة بتلك الأعيان لكونها مندرجة ضمن أموال التركة عموما، مع كون تجهيز الميت من أهم حاجات الميت.

مذاهب الفقهاء:-

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية[5] إلى القول بتقديم الوفاء بالحقوق المتعلقة بعين ما بنوعيها ــ سواء أكانت مملوكة ملكية تامة أو ناقصة للدائن ــ على سائر الحقوق المتعلقة بالتركة، ومن ضمنها حق المتوفى في مؤنة التجهيز، فلا تباع هذه الأعيان لشراء كفن للميت.

بينما ذهب الحنابلة[6] إلى تقديم حق المتوفى في مؤنة تجهيزه على الحقوق المتعلقة بعين معينة من التركة إذا كانت مملوكة للدائن ملكية ناقصة، كحق الدائن في الرهن ونحوها، حيث جعلوا ترتيبها بعد تجهيز الميت، مع اعتبارها داخلة ضمن التركة.

- أدلة الفقهاء

---

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص229، 230. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج4/ص 564. الحطاب، مواهب الجليل، ج6/ ص406. الأنصاري، فتح الوهاب، ج2/ ص3. البهوتي،كشاف القناع، ج3/ ص437. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ص387

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص229، 230. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج4/ص 564. الحطاب، مواهب الجليل، ج6/ ص406. الأنصاري، فتح الوهاب، ج2/ ص3. الشربيني، مغني المحتاج،ج2/ ص144. الزركشي، المنثور، ج1/ ص365. المرداوي، الإنصاف، ج5/ ص309،ج 11/ ص366، 367. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص404.

(1) الحصكفي، الدر المختار، ج6/ ص759 – 761. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص229، 230

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج6/ ص406

(3) الأنصاري، فتح الوهاب، ج2/ ص3

(4) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص403، 404.

أولا: أدلة الجمهور

– وجه تقديم الجمهور الحق المتعلق بالعين في الوفاء على تجهيز الميت:–

1– القياس على حال المدين في حياته؛ حيث إن المرء يقدم نفسه فيما يحتاج إليه من مأكل ومشرب وملبس ونحو ذلك على أصحاب الديون ما لم يتعلق حق للغير بعين ماله، فكذا بعد وفاته[1].

2– وأيضا لتعلق هذه الحقوق بالمال قبل صيرورته تركة، وهذا الدليل عند عند الشافعية[2]لأنهم أدرجوا تلك الحقوق ضمن التركة. في حين إن الحنفية[3] والمالكية[4] لم يعتبروا هذه الحقوق داخلة ابتداء ضمن التركة، فيصبح الدليل عندهم كالتالي: يقدم الوفاء بهذه الحقوق لعدم دخولها أساسا في التركة، بل هي باقية على ملك الدائن قبل وبعد وفاة المدين.

ثانيا: دليل الحنابلة

ودليلهم على تقديم تجهيز الميت على الوفاء بالحقوق المتعلقة بعين ما إذا كانت مملوكة للدائن ملكية تامة:– القياس على حال حياة المدين أيضا؛ لكنهم قالوا بأن المدين لا يقضي دينه إلا بما فضل عن حاجته، سواء أكان الدين متعلقا بعين معينة مملوكة ملكا ناقصا للدائن أم لا، بشرط أن يكون القضاء من صلب مال المتوفى؛ بمعنى أن لا يتعلق الدين بعين معينة مملوكة ملكا تاما للطرف الآخر ــ الدائن؛ لأنها عندئذ لا تكون من صلب مال المدين؛ لعدم ملكيته لها حال حياته، فكذا بعد وفاته لا تصير من ماله. وتجهيز الميت هو من أهم حاجات الميت، فيقدم على هذا النوع من الحقوق.

<u>المناقشة والترجيح</u>

مما سبق يتبين اعتماد كلا الفريقين على الأدلة العقلية، وبخاصة القياس، حيث يقيسون حكم جواز أو عدم جواز تقديم المدين حاجاته على دين غرمائه المتعلق بعين معينة من ماله حالة حياته على حالته قبل وفاته، بجامع الحاجة في كلا الحالتين إلى النفقة من ماله مع كون ذلك المال متعلقا بعينه حق للآخرين، ومن ثم فقد اختلفوا في الحكم المقيس عليه حال الحياة، فلا شك باختلافهم بناء على ذلك في الحكم الناجم عن القياس في حالة الموت.

من هنا فإنه يمكن التوفيق بين الرأيين السابقين بالموازنة بين أمرين من مرتبة الضروريات؛ وهما حاجة الميت إلى تجهيزه، وبالمقابل حاجة الدائن إلى استيفاء دينه، وبنفس الوقت حاجة المتوفى إلى تبرئة ذمته؛ فإذا كان في التركة سعة، فيجهز المتوفى من رأس التركة ــ عدا الأعيان المتعلق بها حقوق للآخرين، وهذا هو رأي الجمهور. وإن لم في التركة سعة، فإن حاجة المتوفى بتجهيزه مقدمة على حق الغرماء وإن تعلقت حقوقهم بأعيان معينة من التركة، والتي سيجهز من ثمنها في هذه الحالة، إلا إن حق التجهيز أولى برأيي في هذه الحالة؛ لعدم إمكانية

---

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص229، 230

(6) الأنصاري، فتح الوهاب، ج2/ ص3

(7) الحصكفي، الدر المختار، ج6/ ص759 – 761. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص229، 230

(8) الحطاب، مواهب الجليل، ج6/ ص406

الاستعاضة عنه بشيء آخر، أما حق الغرماء فيمكن الاستعاضة عنه بالمبلغ المتبقي بعد بيع تلك العين مثلا بعد تجهيز المتوفى منه، وهذا التقديم هو رأي الحنابلة. والله تعالى أعلم بالصواب.

*** الفرع الثالث:- تعلق التزام المدين بدين مؤجل أو مقسط بالتركة**

ويتناول البحث في هذا النوع من الالتزام مسألتين:-

- **المسألة الأولى:- أثر الموت في إسقاط أجل التزام المدين بدين مؤجل**
- **المسألة الثانية: أثر الموت في الحط من الدين المؤجل على القول بحلوله بموت المدين**

بداية نوضح المقصود بالالتزام بدين مؤجل:-

تعريف الأجل لغة[1]: هو غاية الوقت في الموت وحلول الدين ونحوه. وهو الوقت المضروب المحدود في المستقبل. والأجل: مدة الشيء. والتأجيل: هو تحديد الأجل.

و الأجل اصطلاحا هو: مدة الشيء ووقته الذي يحل فيه، وهو الوقت المضروب المحدود في المستقبل[2].

وجاء في المادة 156 من مجلة الأحكام العدلية:-[التأجيل تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين].

وأما المادة 157 من المجلة فقد عرفت التقسيط: [التقسيط تأجيل أداء الدين مفرقا إلى أوقات متعددة معينة].

ويبحث هنا في موت المدين الذي ترتب عليه الالتزام بأداء دين مرسل، وكذلك موت الدائن الذي يدين بحق تجاه ذلك المدين، وذلك في عقود المعاوضات المالية بشكل عام، سواء أكان ذلك في عقود المعاوضات الواردة على ملكية العين؛ كالبيوع بأنواعها، أم في عقود المعاوضات الواردة على العمل والمنافع، بشرط أن يكون أحد العوضين ــ كالثمن في البيع أو الأجرة في الإجارة ونحوها ــ عوضا مسمى ومؤجلاً إلى أجل معلوم أو مقسطا على أقساط معلومة في مدة معلومة أيضا[3].

جاء في المادة 246 من مجلة الأحكام العدلية: [يلزم أن تكون المدة معلومة في البيع بالتأجيل والتقسيط].

خرج بقيد (أحد العوضين): عدم جواز أن يكون كلا العوضين مؤجلا؛ لأنه يؤدي إلى الافتراق عن دين بدين، وهو غير جائز لما فيه من شبه بالربا.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج11/ ص11. الرازي، مختار الصحاح:ج1/ ص3. الجزري، النهاية في غريب الأثر، ج1/ ص26. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1/ ص1241

(2) البركتي، قواعد الفقه، ج1/ ص160

(1) الابراهيم، محمد عقلة، (2002م). حكم بيع التقسيط في الشريعة والقانون، موقع انترنت: www.islamonline.net/arabic/contemporary/2002/09/article01c.shtml

وفي الموقع إشارة إلى أن هذه الدراسة للباحث الدكتور الابراهيم قد نشرت في مجلة الشريعة والدراسات الاسلامية، الكويت: جامعة الكويت/ كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، العدد السابع، السنة الرابعة.

وخرج بقيد كونه (مؤجلا إلى أجل معلوم أو مقسطا بأقساط معينة): حالة ما إذا كان دينه حالا أصلا، ولم يتفق المتعاقدان على تأجيله، ولكن الملتزم لم يؤده للطرف الآخر مماطلة منه أو لكونه معسرا حتى مات ذلك المدين، فلا يوصف هذا الدين بكونه مؤجلا، بل هو دين واجب الأداء في الحال أساسا، ولا يدخل في الخلاف في هذه المسألة.

خرج كذلك بقيد كونه (مؤجلا إلى أجل معلوم أو أقساط معينة إلى مدة محددة) ما أخرجه المالكية من هذه المسألة وهو الكراء على المياومة (كل يوم بكذا)، أو المشاهرة (كل شهر بكذا) أو المسانَاة(كل سنة بكذا)؛ معللين ذلك بأن الكراء في هذه العقود حال بنفسه، فلا يقال حل بالموت؛ ذلك إن الكراء في هذه العقود يكون غير لازم إلا بمقدار ما نقد المستأجرُ من الأجرة؛ وضابط هذا النوع من الإجارة هو أن تكون مدة الاستئجار فيه غير محددة من قبل المستأجر، فيستحق الانتفاع بالعين المؤجرة بمقدار ما أدى من أجرة ابتداء أو عند استيفائه للمنفعة كاملة [1]؛ كمن نزل في فندق لمدة غير معلومة ابتداء مع العلم بالأجرة مياومة أو بالأسبوع أو نحو ذلك، أو كمن دخل المستشفى للعلاج ولا يعرف كم المدة التي سيقيمها فيها، فهنا المعلوم ابتداء يكون أجرة الغرفة التي يقيم بها في اليوم الواحد، ولكن لا تعرف مدة إقامته، فتكون الأجرة حالة في هذه الحالة عن كل يوم يقيمه هناك، ولذلك فإن المستشفى مثلا تطلب مبلغا معينا بمجرد إدخال المريض للمستشفى ضمانا لحقها، ويعتبر جزءا من الأجرة الحالة عليه ويخصم منها، حتى إن بعض المستشفيات تطلب ابتداء مبلغا يغطي ثلاثة أرباع التكاليف المتوقعة لعلاجه وإقامته، وما تبقى لها من مبلغ فإنه يعتبر أيضا دينا حالا على المريض لا دينا مؤجلا، ويطلق على المبلغ المأخوذ مقدما (العربون)، ووظيفة العربون هنا التوكيد؛ أي توكيد حق الدائن بأن ينفذ المدين التزامه تجاهه[2]. وهكذا فلا يدخل المبلغ المتبقي في مسألة البحث كذلك؛ بحيث إذا مات هذا المريض فلا يقال هل يحل الدين بموته أم لا تبعا للخلاف في المسألة، بل هو دين حال من أصله.

والغاية من ضرب الأجل في عقود المعاوضات تنحصر في الأمور التالية:-

1- فقد يكون التأجيل في العقود من صلب العقد كعقد السلم المؤجل؛إذ هو بيع آجل بعاجل. وكعقد الاستصناع.

2- وقد يكون التأجيل فيها من باب الإرفاق، إلا إنه يتفق على التأجيل ابتداء عند التعاقد. ومن الأمثلة عليه: بيوع المساومة[3] التي تباع فيها السلع وتسلم حالة، مع الاتفاق على أن تكون أثمانها مؤجلة أو مقسطة إلى مدة معينة، دون زيادة في سعر تلك السلع لأجل الأجل – أي لأجل ذلك التأجيل. حتى إذا كانت هنالك زيادة مقابلة للأجل، صارت الغاية من التأجيل مندرجة

---

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي:ج3/ ص266. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص245

(1) حجازي، عبد الحي، (1954 م)، النظرية العامة للالتزام.مصر: مطبعة نهضة مصر، ج2/ ص78، 79.
العربون: هو مبلغ من المال أو أي شيء آخر منقول يدفعه أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر وقت انعقاد العقد، وله إحدى وظيفتين: إما أن يكون عربون عدول (يُمَكّنُ كلًّا من طرفي التعاقد من العدول عن العقد)، أو يكون عربون توكيد؛ وذلك بإثباته انتقال المتعاقدين من مرحلة التفاوض إلى مرحلة التعاقد النهائية، أو باعتباره قسطا من الثمن أو الأجرة المسماة في التعاقد؛وهذا الأخير هو الغرض الذي نحن بصدد الحديث عنه في المتن.

(2) وهي البيوع التي تنعقد بدون ذكر لثمن المبيع الأصلي.

ضمن النوع الثالث. ومثال آخر: القرض وإن كان تكييفه بأنه تبرع ابتداء معاوضة انتهاء؛إلا أنه مثال على التأجيل بقصد الإرفاق. ومثال ثالث: عقد الكراء على الوجيبة[1]ـــ كما سماه المالكية، مع الاتفاق بين المتعاقدين على كون هذا الكراء بأجرة مؤجلة أو مقسطة، دون زيادة في الأجرة مقابل الأجل. فإذا ما فرضت هنالك زيادة في الأجرة مقابل التأجيل، أصبح التأجيل داخلا ضمن النوع الثالث.

3- وقد يكون التأجيل فيها يحقق الأمرين السابقين معا؛بحيث يكون من باب التيسير على الناس عند عدم توفر الإمكانات المادية عندهم لتمويل مشروع أو شراء مسكن أو نحو ذلك، مع تحقيق الاستفادة للدائن كذلك؛ وذلك بمقابلة الأجل بالزيادة في ثمن السلعة أو أجرة العين المؤجرة ونحوها، وهذا جائز شرعا؛كما في المرابحة مع تأجيل الثمن؛وهو الغالب أن يكون الثمن مؤجلا أو مقسطا في المرابحة؛ لأن المشتري بالمرابحة مثلا ما رضي ليدفع السعر الأصلي وفوقه زيادة للبائع، مع علمه بسعره وتوفره في السوق، إلا لكونه لا يملك السيولة الكافية وقتئذ.

ومن المعلوم أن الاسترباح من طريق الزيادة في السعر في مقابلة ضرب الأجل لتسليم الثمن، في غير القرض، لا تعتبر ربا؛ كأن تكون في مبادلة مال بسلعة لا بمال، مع زيادة في المال لأجل تأجيل الثمن، وإنما الربا يكون في مبادلة مال بمال مع زيادة في أحدهما بمقابل الأجل. كما إن الاسترباح من طريق النقصان في السعر مقابل ضرب الأجل لتسليم المبيع الموصوف في الذمة يعتبر جائزا كذلك؛ كما في بيع السلم؛ إذ إن الاسترباح يحصل بهذه الطريقة أكثر مما يحصل بشراء الأعيان؛لأن شراء الأعيان إنما يكون بثمن المثل أو أكثر؛لكونها معجلة التسليم، بينما شراء مؤجل موصوف في الذمة بثمن معجل، قد يكون بسعر أقل من ذلك؛ لأن استفادة المسلم إليه بتعجيل رأس مال السلم، مع كون المسلم فيه مؤجلا، يقابلها نقصان في هذا الثمن المعجل[2].

ومن الجدير بالذكر أن الرأي الذي تبناه الفقهاء بالنسبة لمسألة حلول الدين المؤجل بالموت أو عدم حلوله، لا ينطبق على جميع العقود التي يدخل فيها الدين المؤجل؛ نظرا لطبيعة بعض العقود الخاصة، كبيوع الأجل(وهي عقد السلم والاستصناع والتوريد)، وكعقد الإجارة بأجرة مؤجلة، ولذا فإنني سأقتصر في هذا الفصل الحديث عن هذه المسألة فيما يتعلق بالقاعدة العامة التي تنطبق على عقود المعاوضات بشكل عام ، وأما العقود ذات الطبيعة الخاصة أو الأحكام الخاصة، فإنني سأرجئ الحديث عنها في مواضعها في الفصول اللاحقة –إن شاء الله تعالى.

- المسألة الأولى:- أثر الموت في إسقاط أجل التزام المدين بدين مؤجل

---

(3) الوجيبة لغة:- هي أن يوجب المتعاقد البيع ثم يأخذه أولا بأول. وقيل: يأخذ منه بعضا في كل يوم، فإذا فرغ قيل:استوفى وجيبته(ابن منظور، لسان العرب:ج1/ ص793).وفي الاصطلاح:الوجيبة هي المدة المعينة. وفي الكراء هي أن تكون المدة فيه محدودة كسنة كذا، فيكون الكراء لازما بمقتضى هذا العقد، وإن لم ينقد المستأجر الأجرة معجلة، بأن اتفق المتعاقدان على أجل معين لنقد الأجرة (الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266. العدوي، حاشية العدوي:ج2/ ص245).

(1) العيني، محمود بن أحمد بن موسى، البناية شرح الهداية، تحقيق أيمن صالح شعبان. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـــ 2000م، ج8/ ص330.

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء على أن من لزمه دين من ثمن مبيع أو غيره، واتفق مع الدائن على تأجيله، فإنه لا يلزمه أداؤه قبل حلول أجله[1].

كما اتفق الفقهاء الأربعة[2] على أن موت الدائن لا يحل بسببه الدين المؤجل على المشتري؛ بمعنى أنه لا يبطل الأجل بموت البائع، فلا يجوز لورثة البائع المطالبة بالثمن المؤجل من المشتري بسبب موت مورثهم، قبل حلول الأجل[3].

لكنهم اختلفوا بالنسبة لموت المشتري الملتزم بأداء الثمن مؤجلا أو مقسطا إلى آجال عدة ، فهل يحل دينه بسبب موته أم لا؟!

سبب الخلاف:

يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى الاختلاف أساسا في النظر إلى الأجل؛ إذ يعتبر حق المدين في تأجيل الدين حقا شبيها بالحقين: الشخصي والمالي؛ فأما شبهه بالحق الشخصي؛ فذلك لأن الدائن لا يقرض أو يبيع بأجل لأي شخص كان، وإنما ينتقي الشخص الذي يتعامل معه بأجل، على أساس من الثقة التي تضمن للدائن حقه. وأما شبهه بالحق المالي حكما؛ فذلك لأن الأجل يقابله زيادة في الثمن ابتداء ــ في عقود المعاوضات التي يذكر فيها الأجل مقابل الزيادة في الثمن.

وهكذا فالذين غلبوا الجانب الشخصي في الأجل، قالوا بسقوط الأجل بموت المدين، ومن ثم يصبح الدين حالا عليه. وأما الذين غلبوا الجانب المالي فيه، فقالوا ببقاء الدين إلى أجله بالرغم من موت المدين؛ وذلك لأن التأجيل مقابل بالمال حكما، فلما لم يسقط المال المقابل له بموت المدين، لم يسقط الأجل [4].

مذاهب الفقهاء:-

هنالك مذهبان رئيسان عند الفقهاء في هذه المسألة:-

المذهب الأول:- وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[5]، والمالكية[1]، والشافعية[2] والحنابلة في إحدى روايتين عندهم[3]، وهو قول الزهري والحسن وابراهيم[4]، من القول بأن التزام

---

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص308. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ص 329. البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، كشاف القناع، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت:دار الفكر، 1402هـ، ج3/ ص417

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص308. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266. القرافي، الذخيرة، ج8/ ص172. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ص330. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص438

(4) خالف الظاهرية اتفاق الفقهاء الأربعة في هذه المسألة ؛ حيث ذهبوا إلى القول بحلول الدين بموت الدائن (ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد،(ت456هـ)،المحلى، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي. بيروت:دار الآفاق الجديدة،ج8/ ص174)

(1) الضرير، الصديق محمد الأمين، (1992م- 1412ه)، مناقشة موضوع:البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7ج2/ ص192

(2) السرخسي،المبسوط:ج13/ ص42. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، مختصر اختلاف العلماء، تحقيق عبد الله نذير أحمد.ط2، بيروت: دار البشائر الاسلامية، 1417هـ، ج4/ ص275

المشتري بأداء الثمن للبائع مؤجلا إلى زمن معلوم، يصبح حالا بموت ذلك المشتري، ومن ثم يقوم ورثة المشتري بأداء هذا الالتزام تجاه البائع، بحيث يقضوا دين مورثهم في حدود تركته على وجه الحلول لا التأجيل.

وعند المالكية[5] لو ضمن الورثة لهذا البائع الإتيان بكفيل مليء، على أن يؤدوا دين مورثهم عند الأجل ومكنونا من قسم التركة كلها، فإن الدائن –البائع –هنا لا يجبر على قبول ذلك؛ لحلول دينه بموت المشتري فلا يستطيع أحد أن يؤجل حقه، إلا إذا كان المدين قد اشترط على الدائن قبل وفاته عدم حلول دينه بموته؛ فالمؤمنون عند شروطهم، وأيضا في حالة أن الدائن قتل مدينه عمدا، فكذلك لا يحل دينه بموت مدينه الذي قتله؛ عملا بالقاعدة الشرعية: [من استعجل شيئا قبل أوانه، عوقب بحرمانه] [6].

ولم يجز أبو حنيفة ومالك والشافعي للقاضي أن يأخذ من الورثة أو الغرماء كفيلا بدين الميت على أن يؤدى في أجله؛ معللين ذلك بأنه ظلم، وإن كان القضاة يفعلونه احتياطا[7].

المذهب الثاني:– وهو ما ذهب إليه بعض مفتي الحنفية كالإمام قاضيخان[8]، والحنابلة في رواية أخرى هي المعتمدة عندهم[9]، وهو قول عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان[10] وسعد بن ابراهيم، وأبي بكر محمد بن عمر، وابن حزم وأبيه، وطاووس وابن سيرين[11]: حيث قالوا بانتقال التزام المشتري بأداء ثمن المبيع مؤجلا بعد موته إلى ورثته ــ أي بنفس الصفة التي انتقل بها؛ فلا يصبح دينه حالا بسبب موته، وإنما يبقى مؤجلا إلى الزمن المتفق عليه ابتداء.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي:ج3/ ص266

(2) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص121

(3) ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، (ت620هــ)، المغني. ط1، بيروت: دار الفكر، 1405هــ، ج4/ ص281. ابن قدامة، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج5/ ص59،60، (مطبوع مع المغني لابن قدامة)، دار الفكر.

(6) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج4/ ص275

(5) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص40. الدسوقي،حاشية الدسوقي، ج3/ ص266. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ص474

(6) السيوطي، الأشباه والنظائر، القاعدة الثلاثون، ج1/ ص152.

(9) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج4/ ص269

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص158 .
قاضيخان هو الإمام فخر الدين حسن بن منصور الأوزجندى الفرغاني، المتوفى سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة، له كتاب فتاوى قاضيخان ؛ وهي فتاوى مشهورة يذكر فيها الأظهر من الأقوال في المسائل التي يغلب وقوعها وتمس الحاجة إليها وتدور عليها واقعات الأمة، وهذه الفتاوى كانت متداولة بين العلماء والفقهاء وبخاصة رجال القضاء والإفتاء. كما له أمالي قاضيخان ؛ والأمالي جمع إملاء؛ وهو أن يقعد عالم وحوله تلامذته، فيتكلم من العلم بما فتحه الله عليه، ويدون تلامذته ما يقوله.(الرومي، كشف الظنون. ج1/ ص165،161.ج2/ ص1227).

(9) البهوتي، كشاف القناع:ج3/ ص438، ابن قدامة، موفق الدين، المغني:ج4/ ص281، ص336، ابن قدامة، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج5/ ص59،60.

(3) هو أبان بن عثمان بن عفان القرشي الأموي، أبو سعيد أو أبو عبد الله. روى عن أبيه يسيرا، قال عنه موسى التيمي: [ما رأيت أحدا أجمع للدين والمملكة والشرف منه]، وهو ثقة من كبار التابعين، وكان من أعلم الناس بالقضاء، مات بعد أن أفلج سنة خمس ومائة للهجرة. (الذهبي: سير أعلام النبلاء، ج5/ ص10. الزرقاني، معرفة الثقات، ج1/ ص198. مشاهير الأنصار،ج1/ ص67. شرح الزرقاني على موطأ مالك، ج1/ ص89)

(11) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج4/ ص275

لكن الحنابلة اشترطوا في هذا القول أن يوثق الورثةُ أوغيرُهم ربَّ الدين برهن أو بكفيل مليء بحسب أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين؛ بمعنى أن دينه إذا كان أقل من تركته فإنه يوثق بقيمة دينه، وإذا كان دينه أكثر من تركته فإنه يوثق بقيمة التركة؛ لأنه لا يلزم الورثة أو غيرهم بأداء ديون الميت التي تفوق تركته. ومن ثم تقسم تركة المشتري بين غرمائه الآخرين ــ أصحاب الديون الحالة ــ كل حسب حصته، ولا يبقون للبائع بثمن مؤجل شيئا، إذ إنه لا يرجع هذا البائع على تركته عند حلول أجله وإنما يرجع على من وثقه. فأما في حالة تعذر التوثق لسبب من الأسباب: كعدم وجود وارث ولو ضمنه الإمام، أو أن يوجد الوارث ولكنه لم يوثق ذلك الدين، فهنا يصبح الدين المؤجل حالا، ويستوفيه البائع كله من تركة المشتري إن اتسعت لذلك، وإن لم تتسع فإنه يحاصص غرماء المشتري به. ولا يسقط شيء من الدين في مقابل سقوط الأجل وتعجيل الوفاء بالثمن من تركة المشتري[1].

وروى خالد بن الحارث عن عبيد الله بن الحسن[2] أن الدين يبقى إلى أجله ولا يحل بموت المدين، وذلك إذا ترك عينا أو أرضا تغل، وإلا حل دينه[3].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع:ج3/ ص438

(6) هو عبيد الله بن الحسن العنبري، قاضي البصرة، وهو ابن الحسن بن الحصين بن أبي الحر بن الخشخاش التميمي،روى عن خالد الحذاء والجريري، وروى عنه خالد بن الحارث والأنصاري، وعبد الرحمن بن مهدي. وهو ثقة فقيه، لكن عابوا عليه مسألة تكافؤ الأدلة. وهو من الطبقة السابعة، مات سنة ثمان وستين، وليس له عند مسلم سوى موضع واحد في كتاب الجنائز (لسان الميزان، ج7/ ص296. تقريب التهذيب،ج1/ ص370. الجرح والتعديل، ج5/ ص312)

(7) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج4/ ص275

- أدلة المذاهب:-

- أدلة الجمهور:-

1- استدلوا بما روى ابن عمر -رضي الله عنه- أن النبي- صلى الله عليه وسلم- قال:[إذا مات الرجل، وعليه دين إلى أجل، وله دين إلى أجل، فالذي عليه حال، والذي له إلى أجله][1].

وجه الاستدلال:-هذا الحديث نص صريح في حلول الدين المؤجل الذي على المتوفى بسبب موته[2].

2- وقد استدلوا من الناحية العقلية على قولهم بخراب ذمة الميت، ومن ثم فلم يبق للغريم ما يتعلق به بعد وفاته، فوجب أن يحل دينه المؤجل، وأن ينتقل من ذمة المتوفى إلى تركته؛ لأنه لا يتعلق بغيرهما، فإذا ذهبت إحداهما، لم تبق إلا الأخرى[3].

3- وأيضا بأن الأجل جعل رفقا بمن عليه الدين، والرفق بعد الموت أن يقضى دين المتوفى وتبرأ ذمته[4]. بدليل ما روى أبو هريرة أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال:- [نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه][5].

- وجه الاستدلال:- إن الضرر المترتب على عدم تعجيل سداد دين المتوفى، هو بقاء ذمته مرتهنة بدينه، أي محبوسة بدينه، إلى حين قضائه عنه. فكلما كان قضاء الدين معجلا، كان ذلك أنفع للميت من تركه إلى أجله، وفي ذلك حث للورثة على قضاء دين مورثهم [6].

وجاء في تحفة الأحوذي تفسير كون النفس معلقة بدين صاحبها:- حيث نقل عن السيوطي: [أي محبوسة عن مقامها الكريم]. ونقل عن العراقي: [أي أمرها موقوف لا حكم لها بنجاة ولا هلاك حتى ينظر؛ هل يقضى ما عليها من الدين أم لا][7].

4- ومن الأدلة العقلية كذلك:- إن الدين المؤجل إما أن يبقى في ذمة الميت أو ينتقل إلى ذمم الورثة، أو يتعلق بمال المتوفى(تركته)، وبما أن ذمة المدين قد خربت بموته ويتعذر مطالبته بها، فلا يبقى لذلك الدين متعلق بها، كما إنه لا يصح تعليق دينه بذمم الورثة؛ لأنهم لم يلتزموا أداء هذا الدين ابتداء، ولا رضي الدائن بذممهم وهي ذمم مختلفة متباينة، فلم يبق إلا إن يتعلق

---

(1) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك،ج4/ ص148، رقم الحديث:4508. والحكم على الحديث: إسناده ضعيف؛ لأن فيه جابر الجعفي وهو ضعيف(حكم على الحديث مجدي بن منصور بن سيد الشورى، وذلك في حاشية سنن الدارقطني، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1407هـ ــ 1996م).
وأبو عبد الله جابر بن يزيد الجعفي ضعيف يغلو في التشيع وكان يدلس. مات سنة ثمان وعشرين ومائة. (معرفة الثقات، ج1/ص264. ضعفاء البخاري، ج1/ ص25). ومما يجدر ذكره هنا أن هذا الحديث وإن كان إسناده ضعيفا إلا أنه لم يذكر في كتاب ضعفاء الدارقطني.

(2) الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، المهذب. بيروت: دار الفكر، ج1/ ص327

(3) الآبي،صالح عبد السميع الأزهري،الثمر الداني شرح رسالة القيرواني.بيروت:المكتبة الثقافية،ج1/ ص622

(4) القرافي،شهاب الدين أحمد بن ادريس،الذخيرة،تحقيق محمد حجي. بيروت:دار الغرب،1994م،ج9/ ص205

(5) أخرجه الحاكم في المستدرك،رقم الحديث:2219،ج 2/ ص32،وقال:[حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه]. وأخرجه الترمذي في سننه، ج3/ ص389، رقم الحديث: 1079، والحكم على الحديث: قال أبو عيسى: هذا حديث حسن.

(6) السرخسي، المبسوط، ج13/ ص42. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص327. المباركفوري، تحفة الأحوذي، ج4/ ص164.

(7) المباركفوري، المصدر نفسه، ج4/ ص164

هذا الدين المؤجل بتركة الميت، لكنه لا يجوز تعليق الدين على الأعيان وبذات الوقت تأجيله؛ لأنه لا نفع لأحد في هذا التصرف، بل فيه ضرر على الدائن وكذلك على الميت؛ أما بالنسبة للضرر على الميت؛ فإنه يتمثل في تأخير تبرئة ذمته، ومن ثم حبس نفسه كما جاء في الدليل السابق. وأما الضرر الواقع على الدائن؛ فيتمثل في تأخير حقه، وقد تتلف العين في هذا الوقت فيضيع حقه.

وبالنسبة للورثة فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ولا يتصرفون فيها، ولذلك وجب أن يحل الدين المؤجل لانتقاله من ذمة المتوفى إلى تركته، ولا حاجة عندئذ للتأجيل[1].

5 – استدلوا كذلك بأن الميراث مع وجود الدين على المتوفى، لا يخلو التصرف فيه من إحدى ثلاثة أوجه: فهو إما أن يعطى للورثة، وإما أن يمنعوه، وإما أن يوقف منه بمقدار الدين ويعطى الباقي للورثة، فعلى الوجه الأول يصار إلى مخالفة الآية الكريمة: [من بعد وصية يوصى بها أو دين][2]، فالمقدم من التصرفات في التركة إنما هو أداء الديون ومن ثم الوصية والميراث؛ بدليل فعل الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ حيث روي من طريق الحارث وهو الأعور[3] عن علي بن أبي طالب قال:[قضى محمد – صلى الله عليه وسلم– أن الدين قبل الوصية، وأنتم تقرؤون الوصية قبل الدين...][4].وذكر الوصية في الآية مقدمة على الديون إنما هو من باب الحض على الوصية وبيان أهميتها؛ إذ إنه لما كانت الوصية مشبهة بالميراث من جهة كونها ثابتة لمستحقها من غير عوض ــ بخلاف الدين، كان في إخراجها قبل الميراث مشقة على نفوس الورثة، فيكون هذا الأمر مظنة للتفريط في أدائها، بخلاف الدين؛ حيث تكون نفوس الورثة مطمئنة بأدائه لكونه مقابلا بعوض. من هنا فقد قدم الشارع الوصية على الدين بيانا منه لوجوب أداء الوصية، وحثا منه على وجوب المسارعة في إخراجها كما يخرج الدين [5]، مع بيان أن الدين إنما يجب ويخرج من رأس التركة، بينما تخرج الوصية من ثلث التركة المتبقي بعد تكفين المورث وأداء ديونه، وبعد ذلك تحتسب أنصبة الورثة المقررة لهم شرعا من باقي التركة بعد سداد ديون المتوفى وتنفيذ وصاياه[6]. وعليه فإنه لا يجوز تقسيم التركة على الورثة قبل أداء الديون.

---

(1) العدوي، حاشية العدوي:ج2/ ص475. ابن قدامة، المغني:ج4/ ص282
(2) سورة النساء: آية 117
(3) هو أبو زهير، الحارث بن عبد الله الهمداني الخارفي الأعور، وقال البخاري، وقال بعضهم الحارث بن عبيد، واختلفت آراء علماء الجرح والتعديل فيه؛ فقال عنه علي بن المديني: كذاب. وقال الشعبي: حدثني الحارث، وأشهد أنه أحد الكذابين. وعن عثمان بن سعيد الدارمي قال: سألت يحيى بن معين، قلت:أي شيء حال الحارث في علي؟ قال: ثقة .قال عثمان: ليس يتابع عليه.(الكامل في الضعفاء، ج2/ ص185، 186. الضعفاء الكبير، ج1/ ص208)
(4) أخرجه الترمذي في سننه، ج4/ ص416: باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم، حديث رقم:2094. كما أخرجه البيهقي في سننه، ج6/ ص239، باب ترتيب العصبة، رقم الحديث:12155
الحكم على الحديث:– إسناد هذا الحديث ضعيف، ومع ذلك فقد علقه البخاري، واعتمد عليه لكونه معتضدا بالاتفاق على مقتضاه، ولم تجر عادة البخاري أن يورد الضعيف في مقام الاحتجاج به، وقد أورد له شاهدا. كما قال الترمذي بأن هذا حديث لا يعرف إلا من حديث أبي إسحاق عن الحارث عن علي، وقد تكلم بعض أهل العلم في الحارث، والعمل عليه عند أهل العلم. (ابن حجر: فتح الباري، ج5/ ص378. الصنعاني، سبل السلام، ج3/ ص107. الشوكاني، نيل الأوطار، ج6/ ص168. الترمذي، سنن الترمذي، ج4/ ص416).
(5) المباركفوري، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، (ت 1353هــ)، تحفة الأحوذي، ج6/ ص226، ج6/ص262، 263
(6) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص146. القرافي:الذخيرة، ج8/ص221

وعلى القول بوقف الميراث كله أو وقف مقدار الدين منه، فإنه لا فائدة من هذا الوقف لأحد لا من الورثة ولا من الغرماء، وإنما يوجد الأجل لما فيه من نفع من التأجيل؛ حيث إن فائدة التأجيل أن يتجر المدين فيؤدي الدين من نماء المال، فلما مات المدين تعينت تركته لقضاء الدين منها، فلا فائدة مرجوة من بقاء التأجيل.

وهكذا فلما لم يكن في التأجيل هنا نفع أو حق لأحد، فإنه يبطل الأجل ويحل الدين[1].

مناقشة الدليلين الأخيرين:– اعترض على هذا الاستدلال بأنه حكم بالمصلحة المرسلة، ولا يشهد له شاهد الشرع باعتبار، ولا خلاف في فساد هذا، وعليه فإن الدين المؤجل يكون باقيا في ذمة الميت، فلا يكون هذا الدين عينا، وإنما يتعلق بعين ماله (تركته) كما يتعلق حق الغرماء بعين مال المفلس بعد الحجر عليه، ومن ثم يصح تأجيله[2].

أدلة الفريق الثاني:

1– استدل الحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم على عدم سقوط الأجل المتفق عليه لسداد دين المشتري بعد موته، بالحديث عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم: [من ترك حقا أو مالا فلورثته][3].

ـــ وجه الاستدلال: ينص الحديث الشريف على انتقال حقوق الميت بشكل عام إلى ورثته كما تنتقل أمواله إليهم. ويعتبر الأجل حقا من حقوق هذا الميت، فينتقل إلى ورثته؛ لاندراجه تحت عموم (من ترك حقا) الواردة في الحديث. والموت ليس مبطلا للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة، وعلامة على الوراثة كما قال ابن قدامة[4].

ولكنهم قيدوا هذا الانتقال بهذه الصفة من التأجيل بشرط: وهو توثيق الورثة أو غيرهم لرب الدين ـــ كما جاء في عرض رأيهم ـــ وذلك لئلا يضيع حق الدائن وهو هنا البائع؛ لأن الورثة قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الدائن، فإذا لم يوثقوه بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين، فإنه ربما يفوت حقه إلى حين حلول أجل دينه، وليس هناك من يطالبه عندئذ، ولذلك إذا

---

(1) شيخ زاده، عبد الرحمن بن عبد الله بن سليمان الكليبولي، (ت1078هـــ)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر .القاهرة: دار إحياء التراث، 1990هـــ، ج3/ ص13. الكاساني، بدائع الصنائع،ج5/ ص213. الجصاص، مختصر اختلاف العلماء،ج4/ص275+276. ابن نجيم،البحر الرائق.ط2،بيروت:دار المعرفة،ج6/ص132، 133

(2) ابن قدامة، المغني:ج 4/ ص282. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج5/ ص158

(3) الحديث رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة بلفظ: [من ترك مالا فلورثته] ولم يذكرا كلمة (حقا): انظر: البخاري، صحيح البخاري، ج2/ص845، رقم الحديث: 2268. وأيضا انظر: مسلم، صحيح مسلم، ج3/ ص1238، رقم الحديث: 1619. قال ابن حجر في تلخيص الحبير ج3/ ص48: [ونقل عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته: من خلف مالا أو حقا فلورثته، ومن خلف كلا أو دينا فكله إلي ودينه علي. قيل: يا رسول الله وعلى كل إمام بعدك؟ قال: وعلى كل إمام بعدي. صدر هذا الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي هريرة ومن قوله قيل يا رسول بالله إلى آخره سبق المصنف إلى ذكره القاضي حسين والإمام والغزالي وقد وقع معناه في الطبراني الكبير من حديث زاذان عن سلمان قال أمرنا رسول بالله صلى بالله عليه وسلم أن نفدي سبايا المسلمين ونعطي سائلهم ثم قال من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فعلي وعلى الولاة من بعدي من بيت مال المسلمين وفيه عبد الرحمن بن سعيد الأنصاري متروك ومتهم أيضا]. إلا إن ابن حجر استدرك ذلك في موضع لاحق في كتابه تلخيص الحبير ج3/ص56: [حديث من ترك مالا تقدم في كتاب الضمان. تنبيه: أورده الشافعي هنا ـــ يقصد في كتاب الشفعة ـــ من ترك حقا، ولم أره كذلك]. ولم يأت بهذا اللفظ في بحثي في كتب الحديث الصحيحة والضعيفة.

(4) ابن قدامة، المغني: ج4/ص282. ابن قدامة، أبو محمد عبد الله المقدسي، الكافي في فقه ابن حنبل. بيروت، المكتب الاسلامي، ج2/ ص185

لم يوثق الورثة أو غيرهم؛ لعدم وجود وارث للميت وحتى لو وثقه الإمام عندئذ، فإن دينه يصبح حالا بوفاة المشتري؛ لئلا يضيع حقه، ولأن الأصل إنما يستحقه الوارث، وقد عدم. وكذلك إذا وجد وارث للمشتري لكنه لم يوثق البائع فيصبح الدين حالا حفاظا على حق الدائن من الضياع [1].

2- واستدلوا كذلك بالقياس على أن موت الإنسان لا يحل به ما له من حقوق في ذمم الآخرين، فكذلك لا يحل به ما عليه من واجبات للآخرين، كما لو جُنَّ الإنسان [2].

3- ثم إن الأثمان والقيم تختلف على قدر بعد الأجل وقربه كما وضح ذلك أبو يعلى؛ فلا يجوز أن يسلم الثمن كاملا للبائع، ولا يسلم عوضه ــ وهو الأجل ــ للميت أو لمن يقوم مقامه؛ والمقصود بتسليم الأجل أن يبقى حق الأجل لمن يقوم مقام المتوفى المدين [3].

المناقشة والترجيح

إن المتتبع لأدلة كل من الفريقين يجد أنها تقوم على المصلحة المرسلة والأدلة العقلية، فالجمهور استندوا إلى الأدلة العقلية التي توجب تقديم سداد الديون، مراعاة منهم لتحقيق مصلحة كل من الدائن والمدين على الفور؛ وذلك بتبرئة ذمة الميت بسداد ديونه على الحلول. وأما استدلالهم بالحديث المروي عن ابن عمر، فهو استدلال بحديث ضعيف كما تبين حكمه؛ حيث إن فيه جابرا الجعفي؛ وهو ضعيف مغال في التشيع، كما إنه كان يدلس.

وبالنسبة لاستدلالهم بالآية الكريمة:[من بعد وصية يوصي بها أو دين][4]، وكذلك بالحديث الشريف: [نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه][5]؛ فالواقع أنها لا تتعارض مع الرأي الثاني الذي يجيز بقاء الدين إلى أجله بشرط توثقته برهن أو بكفيل مليء؛ وذلك لأن هذه التوثقة من قبل الورثة أو غيرهم قد نقلت الدين من ذمة المتوفى إلى ذمم الورثة أو إلى ذمة الموثق، وهو قول أبي الخطاب وابن عقيل، وكذلك القاضي وقيده في كتابه (المجرد) بالدين المؤجل([6])- وسيأتي بيانه. وهكذا فتبرأ ذمة المدين منذ توثقة الدين ابتداء، ولا تبقى معلقة بدينه، بدليل أن الدائن لا يرجع بدينه على التركة عند حلول الأجل، وإنما يرجع على الموثق لأخذ دينه. ومن ثم يكون التصرف بالتركة

---

(1) البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، (ت1051هـ)، شرح منتهى الإرادات. ط2، بيروت:عالم الكتب، 1996م، ج2/ص169 . الرحيباني، مصطفى السيوطي، (1243هـ)، مطالب أولي النهى.دمشق:المكتب الاسلامي، 1961م، ج3/ص395

(2) ابن ضويان، ابراهيم بن محمد بن سالم، (ت1353هـ)، منار السبيل، تحقيق عصام القلعجي. ط2، الرياض: مكتبة المعارف، 1405هـ، ج1/ص354

(3) أبو يعلى الحنبلي، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء، (ت458هـ)، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، تحقيق عبد الكريم محمد اللاحم. الرياض: مكتبة المعارف، 1985هـ، ج1/ ص375

(4) سورة النساء: آية 11

(5) أخرجه الترمذي في سننه، ج3/ ص389، 390، باب ما جاء عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه قل: نفس المؤمن معلقة...، رقم الحديث: 1079. الحكم على الحديث: قال أبو عيسى: هذا حديث حسن

(6) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج11/ ص367

وقسمتها بعد التوثقة كأنها حاصلة بعد سداد الدين. وبذلك يتفق الرأيان على العمل بموجب هذه الآية. كما يتفقان على تحقيق مصلحة الدائن كذلك؛ حيث اشترط الفريق الثاني لضمان حق الدائن من الضياع توثقة الدين برهن أو بكفيل مليء.

وبالنسبة للرد على ما استدل به الفريق الأول من دليل عقلي بأنه استدلال بالمصلحة المرسلة التي لم يشهد لها شاهد الشرع باعتبار، فهو ــ برأيي ــ رد غير متوجه بهذا الإطلاق؛ لأن تعجيل الوفاء بديون الميت قد شهد له شاهد الشرع في أحاديث عدة؛ منها:ما روي عن سعد بن الأطول[1] أن أخاه مات وترك ثلاثمائة درهم، وترك عيالا، قال: فأردت أن أنفقها على عياله، فقال النبي– صلى الله عليه وسلم:– [إن أخاك محتبس بدينه، فاقض عنه]، فقال: يا رسول الله، قد أديت عنه إلا دينارين ادعتهما امرأة، وليس لها بينة، قال: [فأعطها، فإنها محقة][2].

وجه الاستدلال: استدل الشوكاني بهذا الحديث على على تقديم إخراج الدين حتى على نفقة أولاد المتوفى[3].

وأما الحديث الذي استدل به أصحاب الرأي الثاني: [من ترك حقا أو مالا فلورثته]، فلم يُخَرَّج في أيٍّ من كتب الأحاديث حتى تلك الكتب التي تجمع الأحاديث الضعيفة، وإنما جاء بلفظ: [من ترك مالا فلورثته]، وبلفظ (فلأهله). وهكذا فلا وجه لاستدلالهم بهذا الحديث؛ لأنهم يستندون إلى لفظ: [حقا]، وهو غير مذكور في سائر كتب الحديث، كما أشار إلى ذلك ابن حجر في تلخيص الحبير.

وإنما يستندون في رأيهم هذا إلى كون هذا الأجل حقا للمدين، وبما أن الحقوق التي للمدين على الآخرين لا تحل عليهم بموته، فكذلك لا تحل الواجبات التي عليه والتي ارتبط بها الأجل كحق له، بل تبقى إلى أجلها إذا وُثِّقت.

وهكذا فيهدف كلا الرأيين إلى تحقيق مصلحة كل من المتوفى المدين، والدائن الحي أو المتوفى أيضا، وذلك بالاستناد إلى دليل المصلحة المرسلة. وهنا فإنه– برأيي– يمكن التوفيق بين الرأيين على النحو التالي:–

مما لا شك فيه أن قول الجمهور يحقق المصلحة الشرعية لكل من الدائن والمدين فور وفاة المدين إذا كان في التركة وفاءً لدينه، ولكن هذه المصلحة قد لا تتحقق على القول بحلول الدين

---

(1) هو سعد بن الأطول بن عبد الله بن خالد الجهني القحطاني، يكنى بأبي قضاعة، صحابي، نزل البصرة، توفي سنة أربع وستين للهجرة، (تقريب التهذيب، ج1/ ص230. مشاهير الأمصار، ج1/ ص39).
(2) أخرجه ابن ماجه في سننه، باب أداء الدين عن الميت، ج4/ ص84، 85، والحكم على الحديث: إسناده ضعيف لجهالة عبد الملك أبي جعفر.(*الحكم على الحديث من تحقيق بشار عواد معروف، بيروت: دار الجيل، ط1، 1998م). وذكر صاحب تهذيب الكمال هذا الحديث عن سعد بن الأطول بإسناد عال، قال: رواه عن أبي بكر بن أبي شيبة عن عفان، فوقع لنا بدلا عاليا. (تهذيب الكمال، ترجمة رقم:2202، ج10/ ص250)
(3) الشوكاني، نيل الأوطار، ج6/ ص166، 168

المؤجل عقب وفاة المدين في حالة كون التركة لا تفي بدينه، إذ قد تقصر التركة عن الوفاء بدينه على الحلول، فلا يسدد دينه كاملا، كما يحرم الورثة من الميراث. وبذات الوقت قد يكون هنالك مجال لسداد ذلك الدين كاملا أو مقسطا في أجله أو آجاله المتفق عليها ابتداء، وذلك من نماء التركة ونحو ذلك، كما قد يفضل من التركة حق للورثة أيضا.

وهنا يصار إلى الموازنة بين المصالح، فهل تترجح المصلحة لجميع الأطراف ببيع التركة مثلا لسداد الدين، وقد يكون ذلك الدين كبيرا لا تفي التركة بسداده في الحال، فهل يقال ببقائه إلى أجله مع توثقته برهن أو بكفيل مليء؟!

والموازنة هنا تقتضي أن نفرق بين أن يكون هنالك فائدة من تأجيل الوفاء بالدين أو لا؛ فإذا كانت هنالك فائدة من التأجيل، كأن يكون هنالك عقار أو أرض في التركة تغل، ويمكن تسديد الدين من غلتها أو من أجرتها في أجله، فهنا تقضي المصلحة ببقاء الدين إلى أجله مع توثقته؛ لئلا يضيع حق الدائن، ووجهة النظر هذه حقيقة التفت إليها فقهاؤنا القدامى قبل المعاصرين؛ كما سبق نقله عن الحنابلة، وعن عبيد الله بن الحسن.

ومن الفقهاء المعاصرين من أشار إلى هذه النقطة؛ مثل السالوس(1992م)؛ حيث بين أن قول الفقهاء القدامى بحلول الأجل بموت المدين –الرأي الأول– إنما كان بسبب أنه لم تكن عندهم معاملات بأثمان باهظة، ويجدر بنا كباحثين الالتفات إلى الواقع العملي في أيامنا هذه؛ حيث تكثر البيوع مثلا للعقارات، وتكون أثمانها مقسطة لمدة عشرين أو ثلاثين سنة، وقد يكون سعرها الأصلي مائة ألف، فتباع مقسطة بثلاثمائة ألف؛ لأجل تقسيطها على عشرين سنة مثلا، فهذا العقار قد يكون مؤجرا، وأجرته تكفي سداده وزيادة في المدة المتفق عليها، فإذا مات هذا المدين، وقلنا بحلول أجل الدين بموته، وطالبنا ورثته بالمبلغ المتبقي عليه كاملا، لاضطررنا إلى بيع العقار إن لم تف تركته بدينه، وقد لا يفي ثمنه بسداد المبلغ كاملا؛ لأن ثمنه الأصلي أقل من ثمنه الذي بيع به لأجل التأجيل، وهنا فإن القول بحلول الدين بموته فيه ظلم للورثة بضياع حقهم من الميراث، بل إن الدين بكامله لم يسدد في هذه الحالة، فتبقى نفس الميت معلقة بباقي دينه، وكذلك لم يستوف الدائن كامل دينه. في حين أن القول ببقاء الدين مؤجلا مع توثقته برهن أو بكفيل مليء، يحقق المصلحة لكل الأطراف كما تبين لنا، فبالموازنة بين القولين يطبق الرأي الثاني، وهو رأي الحنابلة[1].

وكذلك ذهب القاضي محمد تقي العثماني(1992م)، إلى القول بـــأنه لو قلنا بحلول الدين كاملا على المدين بموته، بالرغم من كون زيادة الربح فيه في مقابل الأجل، لأدى ذلك إلى

---

(1) السالوس، علي أحمد، (1412هـ– 1992م)، المناقشة لموضوع:[البيع بالتقسيط]، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7، المجلد الثاني، ص197.

الإضرار بورثة المدين؛ حيث إنهم يجدون أنفسهم ملزمين بسداد دين مورثهم دفعة واحدة، وإن كان ذلك في حدود تركته، مما يضر بمصالحهم، ومن ثم فالأولى أن يؤخذ بأحد القولين الآتيين:-

فإما أن يؤخذ بقول متأخري الحنفية بعدم استحقاق الربح إلا عن المدة الماضية. وهذا الرأي في الحقيقة، وإن كان يخفف من الضرر الذي قد يلحق بالورثة بسداد الدين دفعة واحدة، فإنه لم يرفعه عنهم بصورة كلية؛ إذ قد يضطر الورثة لبيع ممتلكات مورثهم لسداد قيمة الدين المؤجل، على القول بحلوله بموت المدين دفعة واحدة، مع عدم توفر قيمة الدين في التركة وقتئذ.

وأما القول الآخر؛ وهو القول بعدم حلول الدين المؤجل بموت المدين، بشرط توثقة ذلك الدين بوثيقة معتمدة من رهن أو كفيل مليء، ففي هذه الحالة يكون أمام الورثة فرصة أكبر في سداد دين مورثهم، مع الحفاظ على مصالحهم في التركة، دون أن تتعرض للبيع من أجل سداد دين مورثهم دفعة واحدة، إذ قد يقوم الورثة خلال هذه الفترة بالتصرف بتركة المورث بأحد أوجه التصرف لسداد الدين في أجله؛ كاستغلال الأرض مثلا إذا وجدت في التركة، أو استغلال الأعيان الموجودة في التركة كتأجير العقار ونحوها.

ومن ثم فإنه يعطي أولوية التطبيق للقول الأخير؛ وذلك للبعد عن تذبذب الأثمان لتعدد الآجال؛ حيث إن فيه مشابهة صورية للمعاملات الربوية[1].

وهذا الرأي بإعطاء الأولوية لسداد دين المتوفى في أجله، هو الذي أميل إليه في عقد المرابحة وعقود البيع بالتقسيط، وذلك في حالة عجز التركة عند وفاة المدين عن الوفاء بقيمة الدين كاملا، مع إمكانية الوفاء به في أجله أو في أقساطه المنجمة؛ وذلك إما باستغلال ذات العين الممتلكة بعقد المرابحة، أو باستغلال غيرها من أموال التركة.

وأما إذا لم تكن هنالك فائدة من التأجيل؛ لكون التركة ليس فيها ما يغل، أو لا مجال إلا لبيعها والسداد من ثمنها فحسب، أو أن الدين لم يوثق، وغيرها من الأسباب، فهنا لا شك بأن المصلحة تقتضي تطبيق رأي الجمهور في هذه الحالة، وهو ما أشار إليه الحنابلة.

وكذلك الحال إذا توفي المدين مليئا، وكان في التركة وفاء لديون الميت وزيادة، فإنني أرجح في هذه الحالة تعجيل سداد دين الميت؛ تبرئة لذمته، وفي هذه الحالة إذا كان الأجل مشترطا في مقابل زيادة الثمن، فإنني أرى أن الأعدل في هذه الحالة هو الأخذ برأي متأخري فقهاء الحنفية؛ خاصة وأن الدين في هذه العقود لم ينشأ نتيجة تبرع أو قرض حسن، وإنما هو ناشئ عن معاوضة مالية، فتكون هذه الزيادة في ثمن المبيع، مقابلة لذلك الأجل المتفق عليه في التعاقد، والمعاوضة مبنية على المساواة كما هو معلوم، فإذا سقط أحد العوضين أو سقط جزء منه، فمن العدل الذي تقتضيه هذه المساواة أن يسقط ما هو في مقابله، طالما أنه اتفق على كونه عوضا عنه ابتداء،

---

(1) العثماني، محمد تقي، (1412هـ- 1992م)،أحكام البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد7، دورة 7، ج2/ ص64، 65.

فتأجيل دفع ثمن السلعة مثلا، والذي أعطى للبائع الحق في زيادة الثمن، لا بد وأن يؤدي سقوطه إلى إسقاط ذلك الحق الزائد في مقابله.

كما إنني أعتقد بأن القول بأن الأجل لا يقابله مال حقيقة، قول بعيد عن حقيقة المعاوضات المالية، والتي يعتبر استغلال الزمن فيها عنصرا مهما ورئيسا في سبيل تحقيق الربح. والله تعالى أعلم.

- المسألة الثانية: أثر الموت في الحط من الدين المؤجل على القول بحلوله بموت المدين

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء على أن حسم جزء من الدين المؤجل الناشئ عن القرض في مقابل تعجيل السداد غير جائز[1]، إذا كان ذلك مشترطا عند التعاقد؛ كما في القاعدة الربوية: [ضع وتعجل][2]. إلا إنه يجوز الحط من القرض المسدد من قبيل الإحسان والتيسير على الناس، وليس باتفاق مشروط مسبقا[3].

كما إنه لا خلاف أنه على القول ببقاء الدين مؤجلا إلى وقته المحدد، أو مقسطا، فإن سعر المبيع يبقى كما هو متفق عليه ابتداء، يؤديه الورثة أو الكفيل في موعده المؤجل كاملا، أو في مواعيده المحددة إذا كان مقسطا فيما بقي من مدة.

---

(1) هذا عند من يقولون بجواز ضرب الأجل لسداد القرض ابتداء ؛ حيث اختلف الفقهاء في مسألة جواز ضرب الأجل في القرض ابتداء على قولين:-
القول الأول:- وهو جواز ضرب الأجل لأداء القرض ؛ وهو قول مالك والليث.
القول الثاني:- عدم جواز ضرب الأجل لأداء القرض، حيث يثبت الحق على المقترض حالا، وأما التأجيل فيكون تبرعا من المقرض ووعدا منه، فلا يلزمه الالتزام به كما في الإعارة ؛ وهو قول أبي حنيفة والشافعي والحنابلة ؛ وذلك لأن الأجل يقتضي جزءا من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه، لأنه ربا، فلذلك لم يتأجل. أما ثمن المبيع والأجرة مثلا، فتجوز الزيادة فيهما، ولذلك جاز تأجيلهما. (انظر: الجصاص، أحكام القرآن، ج3/ ص186، 187. ابن قدامة، المغني، ج4/ ص209)

(2) هذه القاعدة محرمة عند الفقهاء الأربعة إذا كان ذلك مشروطا مسبقا، وأجازها ابن عباس وزفر إذا لم يكن ذلك مشروطا؛ وتعني أن يكون لشخص على آخر دين إلى أجل، فيعجله له قبل حلول أجله في مقابل الإنقاص من مبلغ الدين، ومثله أن يعجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر، وأن يأخذ بعضه عينا وبعضه عرضا قبل الأجل، فإن كان ذلك بعد الأجل فجائز باتفاق جميع ما سبق ذكره. ويجوز أن يعطيه عرضا في مقابل دينه قبل الأجل، وإن كان يساوي أقل من دينه. انظر: (السرخسي، المبسوط، ج13/ ص126. ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1/ص167).

(3) هنالك فرق بين الزيادة في الدين مقابل الأجل، إذا كان الدين ناشئا عن بيع مؤجل، وبين الزيادة في الدين الناشئ عن قرض في مقابل الأجل (على رأي من يجيز تأجيل القرض)؛ ففي الحالة الأولى تكون الزيادة جائزة في رأي أغلب العلماء، بينما في الحالة الثانية ـــ القرض ـــ لا تجوز الزيادة فيه لأجل التأجيل بحال، فيكون الواجب فيه هو القيمة الاسمية (المؤجلة)، وفي حالة حلول الدين المقرض قبل أجله، فلا يحط منه في مقابل الأجل، إلا إنه يجوز الحط منه من قبيل الإحسان والتيسير على الناس، وليس باتفاق مشروط مسبقا؛وإنما لم تجز الزيادة في القرض لأجل التأجيل ؛ لأنه يكون حينئذ جامعا لربا النسيئة والفضل ؛وربا النساء لا يجوز في حالة اتفاق المنافع كما يراه مالك، أو اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة، أو اعتبار الطعم مع الجنس كما يراه الشافعي(ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، (ت595هـ)، بداية المجتهد. بيروت: دار الفكر، ج2/ص152. المصري، رفيق، (1412هـ ـــ1992م)، البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7، المجلد الثاني، ج2/ص92، 93).

لكن الخلاف يقع بناء على القول بحلول الدين المؤجل بموت المدين، إذا كان الدين ناشئا عن عقد بيع بثمن مؤجل، فهل يحط شيء من الثمن مقابل الأجل الذي سقط بموت المدين أم لا ؟!

وهنا ينبغي التفرقة بين أن تكون قيمة هذا الدين المؤجل الناشئ عن عقد معاوضة كالبيع مثلا، هي نفس القيمة فيما لو كان الثمن حالا، أو أنها تختلف عنها فيما لو كانت حالة.

فإذا كان أصل هذا الدين الناشئ عن بيع مؤجل لم يزد فيه لأجل الأجل، وكان هذا التأجيل من باب التبرع والتيسير على المدين، لا من باب المعاوضة، فهنا وعلى القول بحلول الدين بموت المدين، يكون ورثة المدين ملزمين بأداء قيمة الدين الأصلية كاملة إذا كان البيع مؤجلاً إلى وقت محدد، أو مطروحا منها ما أداه المدين من أقساط حال حياته، وذلك إذا كان الدين مقسطا.

وأما إذا كان هذا الدين بيعا مؤجلا أو مقسطا زيد فيه الربح مقابل الأجل؛ بمعنى أن التأجيل في استيفاء الثمن هنا لم يكن من باب التبرع، وإنما هو من باب المعاوضة، فكان التأجيل في استيفاء الثمن مقابل الزيادة في ثمن السلعة الأصلي، فهنا وقع الاختلاف في قيمة الدين المستحقة من تركة المدين، إذا حل الدين بموت المدين، ومن ثم سقط الأجل الذي كان في مقابلة تلك الزيادة. فهل يبقى الالتزام بذات القيمة كما لو كان الدين باقيا إلى أجله، أم يسقط من الدين بمقدار الزيادة المضروبة لما تبقى من أجل بسبب سقوط ذلك الأجل ؟!

مذاهب الفقهاء:-

لم يتعرض جمهور الفقهاء من متقدمي الحنفية، والمالكية، والشافعية لمسألة إسقاط الربح المقابل للأجل الحال بموت المدين. حيث إنهم لم يذكروا مسألة إسقاط جزء من المال مقابل الأجل في حديثهم عن حلول الدين المؤجل بموت المدين.

بينما ذهب الحنابلة إلى القول بعدم إسقاط جزء من الدين في مقابل حلول الدين المؤجل بموت المدين؛ حيث جاء في كشاف القناع: [(فإن تعذر التوثق لعدم وارث) بأن مات عن غير وارث حل ولو ضمنه الإمام.(أو) ل (غيره) أي غير عدمه بأن خلف وارثا لكنه لم يوثق(حل) الدين لغلبة الضرر. (فيأخذه) ربه (كله) إن اتسعت التركة له أو يحاصص به الغرماء، ولا يسقط منه شيء في مقابلة الأجل] [1].

وتعرض المتأخرون من فقهاء الحنفية[2] لهذه المسألة؛ حيث أفتوا فيما يتعلق بموضوع المرابحة التي يكون الربح فيها في مقابل الأجل، أفتوا بأنه لا يؤخذ من المرابحة التي تبايعا بها قبل موت المشتري، إلا بقدر ما مضى من الأيام.

فيكون الواجب هو القيمة الحالية للدين؛ والتي تحتسب بأن نطرح من القيمة الاسمية (المؤجلة) بنسبة الأجل المتبقي[1].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص438

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ص757، ج5/ ص168. السرخسي، أصول السرخسي، ج2/ص195

وبيان ذلك بالحساب كما جاء عند ابن عابدين بصورة مبسطة في قوله:-[صورته اشترى شيئا بعشرة نقدا، وباعه لآخر بعشرين إلى أجل هو عشرة أشهر، فإذا قضاه بعد تمام خمسة أشهر، أو مات بعدها، فإنه يأخذ خمسة، ويترك خمسة][2].

وبتحليل هذا المثال الذي أورده ابن عابدين، يمكن التوصل لطريقة احتساب القيمة الحالية المستحقة كما يلي:

أولا: نجد الفرق بين سعر السلعة حالة ومؤجلة، ويكون ناتج طرحهما هو مقدار الربح(أي الزيادة على الثمن الأصلي).

السعر المؤجل للسلعة – سعر السلعة إذا كان حالا (السعر الحقيقي للسلعة) = الربح

20 – 10 = 10 دنانير (مقدار الربح مقابل الأجل كاملا).

ثانيا: لإيجاد قيمة الربح في ما مضى من مدة، نضرب المقادير التالية ضربا تبادليا (بالنسبة والتناسب):

إذا كان الربح في 10 أشهر (الأجل كاملا) ———— 10 دنانير

فإن الربح في 5 أشهر (الأجل الذي مات بعده) ———— س(المجهول)

وبالضرب التبادلي: 10 س = 5 × 10

إذا س = 5 دنانير (مقدار الربح المستحق للدائن عن المدة السابقة لموت المدين).

ثالثا:- نضيف الربح عن المدة السابقة إلى ثمن السلعة فيما لو كان حالا، فيكون المبلغ الناتج هو القدر المستحق من الدين بعد موت المدين، وحلول دينه بموته، فيؤديه الورثة إلى الدائن على الحلول.

ثمن السلعة حالا + مقدار الربح عن المدة السابقة لموت المدين = قيمة الدين الحالية المستحقة

10 + 5 = 15 دينارا.

- أدلة الفقهاء:-

- أدلة متأخري الحنفية:-

1- علل متأخرو الحنفية ما ذهبوا إليه بالحرص على إبعاد الدائن عن شبهة الربا؛ إذ إن ما فيه شبهة الربا يعتبر ملحقا بالربا الحقيقي؛ لأن الشبهة تعمل عمل الحقيقة فيما بني أمره على الاحتياط. وشبهة الربا متمثلة هنا في أخذ الدائن الزيادة في الثمن بلا عوض، وذلك عند حلول

---

(3) المصري، رفيق، (1992م)، البيع بالتقسيط، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7، ج2/ص92، 93

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ص757

الدين بموت المدين؛ حيث إن العوض هو الأجل، فلما سقط الأجل بحلول الدين بموت المدين، كانت الزيادة بلا مقابل، وهذا هو عين الربا، إلا إنه اعتبر أن فيه شبهة بالربا وليس ربا حقيقيا؛ وذلك لأن أحد العوضين (وهو الأجل)، ليس بمال في الحقيقة، ولا يقابله شيء من الثمن، لكنهم اعتبروه مالا في المرابحة، إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن. فإذا سقط الأجل اعتبر ما يقابله فضل مال حكما[1].

2- كما عللوا رأيهم هذا بالحرص على تحقيق الرفق من الجانبين[2]؛ لأن بتعجيل أداء الدين للدائن مصلحةً له ورفقاً به، فينبغي أن ينال الرفق الطرف الآخر –وهم الورثة- أيضا، وذلك بإسقاط قيمة الربح المقابل للأجل الذي سقط بموت مورثهم.

- دليل الحنابلة:-

يمكن الاستدلال لرأي الحنابلة بشكل عام بكونهم ينظرون لجانب عدم المالية في الأجل عملا بالحقيقة؛ إذ إن الأجل لا يقابله مال حقيقة، وإنما فيه ترفه كما يقول الزيلعي[3]. من هنا فلا يكون هنالك إسقاط للمال مقابل حلول الأجل؛ لكون الأجل غير مقابل بالمال ابتداء، فلا تتحقق علة الربا في حالة سقوطه مع عدم إسقاط جزء من المال مقابله.

المناقشة والترجيح:-

إن القول الذي أرجحه في هذه المسألة هو ما ذهب إليه متأخرو الحنفية؛ لكونه الأكثر منطقية وعدلا، لأن المدين ما رضي أساسا بزيادة السعر عليه في المرابحة مثلا، إلا مقابل ذلك الأجل، فإذا ما سقط هذا الأجل بموت المدين، فكيف يأخذ الدائن المبلغ كاملا مع الزيادة فيه عن المدة الباقية بعد وفاة المدين، وما المقابل لهذه الزيادة ؟!

وإن الأولى بالتطبيق في أيامنا هذه هو قول متأخري الحنفية؛ ذلك أن الزيادة المقابلة بالأجل قد تبلغ الآلاف، بل أكثر من ذلك، فإذا ما قلنا بحلول الدين المؤجل بموت المدين، مع بقاء المبلغ كاملا عليه، فإن في ذلك إجحافا بحق الورثة، لأنهم يلزمون بأداء الدين كاملا على الفور من تركة مورثهم، وقد تفي وقد لا تفي بالدين، فيؤثر ذلك على حق الورثة في الميراث، لأنهم قد يحرمون في هذه الحالة من الميراث لكون الدين كبيرا، وواجبا على الحلول.

---

(1) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق. القاهرة: دار الكتب الاسلامي،1313هـ، ج4/ ص78،79. ابن عابدين،حاشية ابن عابدين،ج6/ ص757،ج5/ ص168. السرخسي:أصول السرخسي،ج2/ص195

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص160

(2) الزيلعي،فخر الدين عثمان بن علي الحنفي،تبيين الحقائق. القاهرة:دار الكتب الاسلامي،1313هـ،ج4/ص78،79

المبحث الثالث:- تكييف انتقال الحقوق المتعلقة بذمة المدين بعد وفاته

الأصل في هذا الدين أنه تعلق بذمة الملتزم -المدين- حال حياته، وبموت هذا المدين يتعلق الدين بتركته كتعلق الدين بالمرهون؛ بمعنى أنه يتعلق حق الغرماء بالتركة كتعلق حق الدائن بالرهن. لكن السؤال المطروح في هذه الحالة هل يبقى هذا الدين في ذمة الملتزم المدين بعد موته أيضا؟ أو أنه ينتقل إلى ذمم الورثة ؟ أو هو متعلق بالتركة فقط – والمراد تعلق معنى لا تعلق بذات تلك الأعيان حقيقة ؟

يصور تكييف انتقال الحقوق المتعلقة بذمة المدين بعد موته في المطلبين التاليين:-

- **المطلب الأول:- أثر الموت في بقاء الدين متعلقا بذمة المدين بعد وفاته**
- **المطلب الثاني:-أثر الموت في انتقال الالتزام من ذمة المدين المتوفى إلى ذمم الورثة بالتزامهم الأداء من مالهم**

قبل الإجابة عن هذين التساؤلين، لا بد من بيان نقطة هامة؛ وهي أن تعلق حق الغرماء بالتركة ليس تعلقا صوريا -بصورة التركة وأعيانها القائمة بذاتها، وإنما هو تعلق بمعنى التركة-أي بماليتها، من هنا فقد جاز للورثة استخلاص التركة لأنفسهم، وقضاء ديون مورثهم من محل آخر، ولو كان تعلق حقهم بأعيان التركة لما جاز للورثة هذا الأمر، كما لو كانت حقوق الآخرين متعلقة بأعيان معينة موجودة عند المتوفى، ففي هذه الحالة، لا يجوز للورثة استخلاص تلك الأعيان لأنفسهم، وقضاء أولئك الدائنين من محل آخر. وبالمقابل، فإن تعلق حق الورثة والموصى لهم بأعيان معينة من التركة، أو بنسبة شائعة من التركة، تتعلق بأعيان التركة القائمة، ومن ثم فلا يجوز لأحد من الورثة استخلاص التركة لنفسه، وقضاء حقوقهم من محل آخر[1].

- **المطلب الأول:- أثر الموت في بقاء الدين متعلقا بذمة المدين بعد وفاته**

نبحث في هذا المطلب عدة أمور؛ وهي: هل تبقى ذمة المدين قائمة حكما بعد وفاته حتى تسدد ديونه أم لا؟ وهل يسقط الدين بموت المدين مفلسا؟ وبناء على ذلك فهل تصح كفالة دين الميت المفلس أم لا؟

تحرير محل النزاع:-

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على خراب ذمة المتوفى بالموت بالنسبة للأمور المستقبلية التي لم يتقدم لها سبب قبل وفاة الشخص، ومن ثم فلا تتعلق الديون المستقبلية من قبل الورثة بذمة المدين المتوفى[2].

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق:ج6/ص214. الكاساني، بدائع الصنائع،ج7/ص30. ابن نجيم،البحر الرائق،ج5/ص14 ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص253. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص145

(2) البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج4/ ص314. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص253. الآبي،الثمر الداني شرح رسالة القيرواني،ج1/ ص622. القرافي، الذخيرة، ج8/ ص200. البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد، حاشية البجيرمي. تركيا/ديار بكر: المكتبة الاسلامية، ج2/ص406

كذلك اتفقوا على بقاء ذمة المدين قائمة حكما بعد وفاته إذا خلف المدين ما يمكن المطالبة منه أو الاستيفاء منه لسداد دينه؛ كأن خلف مالا، أو كفيلا عينه قبل وفاته لتسديد دينه. وعليه فيكون الدين باقيا بالنسبة لأحكام الدنيا والآخرة معا. ومن ثم فتجوز الحمالة (الكفالة)عن الميت إذا كان موسرا[1].

كما اتفقوا على أنه في حالة موت المدين مفلسا[2] ولم يخلف ما يمكن سداد دينه منه، أو أنه خلف تركة ولكنها تلفت قبل سداد دينه، فإن هذا الدين لا يعتبر ساقطا بالنسبة لأحكام الآخرة. ومن ثم فيجوز التبرع بقضاء دينه[3].

لكنهم اختلفوا في بقاء الدين متعلقا بذمته في حالة موته مفلسا ولم يخلف ما يستوفى به أو منه دينه،ومن ثم فهل يعتبر الدين ساقطا بالنسبة لأحكام الدنيا أم لا ؟! وهل تصح كفالة دين الميت المفلس أم لا[4] ؟!

مذاهب الفقهاء:-

انفرد الإمامان أبو حنيفة والثوري[5] -رحمهما الله- بالقول بسقوط الدين عن الميت الذي لم يخلف وفاء لدينه بالنسبة لأحكام الدنيا، وعليه فلا تجوز الحمالة عن الميت المعسر.

بينما ذهب جمهور الفقهاء وهم :الصاحبان(أبو يوسف ومحمد بن الحسن) من الحنفية[6]، والمالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم[9] إلى القول ببقاء ذمة المدين بالنسبة لما مضى من التزامات مالية، وإن كانت ذمته قد خربت بالنسبة للأمور المستقبلية التي لم يتقدم لها سبب قبل وفاته، ومن ثم يتعلق الدين بتركة المتوفى، حتى لو مات المدين مفلسا أو مليا ولكن تلفت تركته قبل سداد ديونه، فلا يسقط دينه بموته بالنسبة لأحكام الدنيا كذلك. وعليه فيجوز ضمان أو كفالة دين الميت المفلس[10].

---

(1) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص252. الأسيوطي، جواهر العقود، ج1/ ص147، 148. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ص98. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص439

(2) المراد بالميت المفلس في هذه المسألة:هو من مات ولا تركة له، ولا كفيل عنه، وليس المراد منه الذي خلف تركة لا تفي بديونه (ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ص253).

(3) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص253. وقد حكى ابن أمير حاج الإجماع على أن المتوفى يطالب بالحقوق التي عليه في الآخرة.

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ص98. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي. بيروت: دار إحياء التراث، ج11/ص366، 367

(5) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص204، 205. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ص253. الأسيوطي، جواهر العقود، ج1/ ص147، 148. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ص98

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق:ج 6/ص214. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص205. ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص252

(7)العدوي، حاشية العدوي، ج2/ص475. الآبي،الثمر الداني شرح رسالة القيرواني،ج1/ ص622. القرافي، الذخيرة، ج9/ص204

(8) البجيرمي: حاشية البجيرمي، ج2/ص406

(9) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص439، المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، (ت885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج11/ص367

(10) ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ج2/ ص252. الأسيوطي، جواهر العقود، ج1/ ص147، 148

- أدلة الفقهاء:-

- أدلة القول الأول:-

1- بنى أبو حنيفة رأيه في سقوط الدين بموت المدين الذي لم يخلف وفاء لدينه ولا كفيلا به، بناه على قوله بضعف ذمة المدين وخرابها بموته، ومن ثم فإن ذمته بعد وفاته لا تحتمل الدين بنفسها، ما لم يضم إليها ما يمكن الاستيفاء والمطالبة بالدين منه. ولا يقال بأن محل وجوب الدين ينتقل بموت الإنسان من ذمته إلى تركته؛ إذ ينبغي التفرقة بين محلين: محل وجوب الدين وهو الذمة، ومحل القضاء الذي يجب القضاء منه وهو المال.
وفي حالة موته مفلسا- أي في حالة عدم وجود الخلف لذمة المدين فيما هو المقصود من المطالبة والاستيفاء، فإن ذمة المتوفى لا تعتبر باقية حكما؛ لأنها قد خربت بموته، بالإضافة إلى أنه لم يترك ما يوفى الدين منه أو به. وهنا يعتبر الدين ساقطا بالنسبة لأحكام الدنيا، وذلك لفوات محله؛ ذلك أن الدين هو الفعل حقيقة؛ إذ إنه يوصف بالوجوب، وإنما توصف الأفعال بالأحكام، وقد عجز عن أدائه بنفسه وبخلفه، فيسقط ضرورة[1].
- مناقشة الدليل:- إن ذمة المدين باقية بعد موته مدينا؛ بدليل الأحاديث الواردة عن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ المفيدة بأن صلاته عليه السلام لا تنفع الميت في هذه الحالة وذمته مرتهنة في قبره بدينه[2].

2- وأما قوله بعدم جواز كفالة الميت المفلس، فذلك بناء على سقوط دينه بموته؛ لأن ذمة المتوفى قد خربت بموته ولا خلف لوفاء دينه، والكفالة تعني ضم ذمة إلى ذمة أخرى في المطالبة بالدين نفسه، وبما أنه لا ذمة للمدين في هذه الحالة، وبما أن الدين ساقط، فتكون كفالة بدين ساقط في أحكام الدنيا دون الآخرة؛ والكفالة من أحكام الدنيا؛ لأنها توثقة للدين ليأخذه الدائن في الدنيا لا في الآخرة، فلا تتصور الكفالة بلا دين[3].
- مناقشة الدليل: إن أسباب دين الميت باقية، ولم تسقط بالموت. ثم إن تعلق الدين بالتركة لا منافاة بينه وبين الموت، فيكون تعلقه بالضامن جائزا من باب أولى؛ لأن الضامن له مال وذمة، فلو تلف مال الضامن، بقي دينه متعلقا بذمته، وأما تعلق الدين بالتركة، فالتركة مال، ومن ثم فلا يتعدى الدين عنها[4].

3-وأما جواز الكفالة عن المدين إذا كان قد عينه قبل وفاته؛ وذلك لأن سقوط الدين عنه في أحكام الدنيا إنما يكون في حقه للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فتبقى في حق الكفيل والرهن لعدم الضرورة. وبالنسبة لجواز التبرع؛ فلأن التبرع لا يعتمد قيام الدين أساسا[5].

---

(1) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص205
(2) القرافي، الذخيرة،ج9/ ص204. والحديث أخرجه البيهقي في سننه(ج6/ ص75)، باب الضمان عن الميت، رقم الحديث: 11189 بسنده عن عبد الحميد بن أبي أمية قال: شهدت أنس بن مالك وهو يقول: الحمد لله الذي حبس السماء أن تقع على الأرض إلا بإذنه. فقال له رجل: يا أبا حمزة لو حدثتنا حديثا عسى الله أن ينفعنا به. قال: من استطاع منكم أن يموت وليس عليه دين فليفعل، فإني شهدت رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأتي بجنازة رجل ليصلي عليه، فقال: عليه دين؟ قالوا: نعم. قال: فما ينفعه أن أصلي على رجل روحه مرتهن في قبره لا تصعد روحه إلى الله فلو ضمن رجل دينه قمت فصليت عليه فإن صلاتي تنفعه.
(3) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص253
(4) القرافي،الذخيرة، ج9/ ص204
(5) ابن نجيم،البحر الرائق، ج6/ ص253

- **أدلة الجمهور:-**

1- استدلوا بحديث أبي أمامة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [الزعيم غارم][1].

وجه الاستدلال:- يدل هذا الحديث بعمومه على كون الزعيم- الكفيل[2] - غارما،دون تقييد لهذا الكفيل بكونه قد كفل المدين قبل موته أو بعد موته[3].

2 - استدلوا بما رواه أبو هريرة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه][4].

وجه الاستدلال:- ينص هذا الحديث على بقاء الدين متعلقا بذمة المدين بعد موته حتى يقضى عنه[5].

3- استدلوا على صحة كفالة دين الميت المفلس بما أخرجه البخاري بسنده عن سلمة بن الأكوع- رضي الله عنه- قال: كنا جلوسا عند النبي-صلى الله عليه وسلم- إذ أتي بجنازة، فقالوا: صل عليها. فقال:- هل عليه دين؟ قالوا: لا. قال: فهل ترك شيئا ؟ قالوا: لا. فصلى عليه. ثم أتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها. قال: هل عليه دين؟ قيل:- نعم. قال: فهل ترك شيئا؟ قالوا: ثلاثة دنانير. فصلى عليها. ثم أتي بالثالثة، فقالوا: صل عليها. قال: هل ترك شيئا؟ قالوا: لا.قال: فهل عليه دين ؟ قالوا: ثلاثة دنانير. قال: صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة:صل عليه يا رسول الله، وعلي دينه. فصلى عليه[6].

وجه الاستدلال:- لو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس، لما صلى الرسول - صلى الله عليه وسلم - عليه بعد الكفالة[7].

- مناقشة الدليل:- رد على هذا الدليل بأنه يحتمل الإقرار عن كفالة سابقة على موت المدين، كما ويحتمل الإنشاء والوعد. وحكاية الفعل لا عموم لها[8].

4- ولأن الكفيل قد كفل بدين ثابت؛ حيث وجب في حياة المدين لحق الطالب، ولم يوجد المسقط له؛ وهو الأداء أو الإبراء أو الانفساخ لسبب الوجوب، وبالموت لم يتحقق شيء من ذلك، فيكون باقيا في أحكام الدنيا، بدليل بقائه في أحكام الآخرة.

---

(1) أخرجه الترمذي في سننه، باب ما جاء في أن العارية مؤداة،رقم الحديث:1265،ج3/ ص565،قال الترمذي:حيث أبي أمامة حسن غريب.كما أخرجه البيهقي في سننه،باب وجوب الحق بالضمان،رقم الحديث: 11174،ج6/ ص72

(2) الزعيم:هو الكفيل (مختار الصحاح، ج1/ ص115)

(3) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص205، القرافي، الذخيرة، ج9/ ص204

(4) أخرجه الترمذي في سننه، ج3/ ص389، 390، باب ما جاء عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه قل: نفس المؤمن معلقة...، رقم الحديث: 1079. الحكم على الحديث: قال أبو عيسى: هذا حديث حسن

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص439، المرداوي:الإنصاف:ج11/ص367

(6) أخرجه البخاري في صحيحه،ج 2 ص799، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز،رقم الحديث:2168

(7) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص204

(8) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص253

5- ثم إنه لو تبرع به إنسان صح أخذه منه، فلو كان ساقطا في أحكام الدنيا، لما جاز للدائن الأخذ ولو من المتبرع، فكذا لو كفله شخص ما. كما إنه لو كان به كفيل قبل الموت لجاز للدائن أخذ دينه منه، ولو قيل بسقوط الدين بموت المدين، لأدى إلى سقوط الدين حتى عن الكفيل للمدين قبل الموت؛ لأن الدين بشكل عام يسقط عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل. فلما لم يكن واحدا من هذه الأمور المذكورة متحققا، دل ذلك على بقاء الدين وعدم سقوطه بموت المدين مفلسا(1).

المناقشة والترجيح:-

القول الراجح ــ برأيي ــ هو قول الجمهور؛ وذلك لقوة أدلتهم. ولأن في المسألة نصا؛ حيث أخرج البخاري بسنده عن ابن عباس ــ رضي الله عنهما ــ أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها؟ قال: [نعم حجي عنها، أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيته؟! اقضوا الله، فالله أحق بالوفاء](2). وجه الاستدلال: هذا نص في محل النزاع ــ وهو عدم سقوط دين المتوفى بموته، سواء أكان دينا للعباد أم دينا لله ــ عز وجل.

كذلك فإن الموت لم يشرع مبطلا للحقوق، فيبقى الدين متعلقا بذمة المدين حتى يقضى عنه؛ فالموت وإن كان يقطع اتصال الروح بالبدن، إلا أنه لا يفني تلك الروح، ولا يخلصها مما ترتب عليها من التزامات وحقوق للآخرين؛ بدليل قوله تعالى:-[كل نفس بما كسبت رهينة](3)، وأيضا: [لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت](4). وهاتان الآيتان وغيرهما يستدل بها على أن أحكام أفعال كل واحد من المكلفين متعلقة به وحده دون غيره(5)، وبأن كل نفس مرتهنة بكسبها مأخوذة بعملها إما أن يخلصها وإما أن يهلكها(6). ولا شك أن واحدا من هذه الأحكام وجوب أداء ديون الشخص والتزاماته، فتبقى النفس مرهونة بذلك الدين حتى يؤدى عنها، ولم تفرق الآية الكريمة بين كون ذلك بالنسبة لأحكام الدنيا أو الآخرة، كما لم تفرق بين كون المدين مليئا أو مفلسا.

وأما بالنسبة للرد على الحديث الذي أخرجه البخاري، بأن الكفالة قد تكون سابقة على موته، فهذا الرد بحد ذاته هو دليل على بقاء دين المتوفى بعد مماته، إذ لو كان الدين ساقطا بوفاته لما كانت الكفالة جائزة حتى ولو كانت سابقة على وفاته، وهذا الدليل لم يفرق بين كون هذه الكفالة سابقة أو لاحقة، فيكون تقييد بقاء الدين وصحة الكفالة بكونها سابقة على الوفاة أمرا لا مبرر له،

---

(1) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص204، ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص253
(2) أخرجه البخاري في صحيحه، باب الحج والنذور عن الميت، ج2/ ص656، رقم الحديث: 1754
(3) سورة المدثر: آية 38
(4) سورة البقرة: آية 286
(5) الجصاص، أحكام القرآن، ج2/ ص279
(6) القرطبي، تفسير القرطبي، ج19/ ص86

وتضييقا لأمر متسع، بل ينبغي الاحتياط في تبرئة ذمة المتوفى بكافة الطرق كفالة أو تبرعا وذلك لفك نفسه المرهونة بقبره بسبب دينه المتعلق بها.

ثم إن القول بسقوط الدين بموت المدين مفلسا ولو بالنسبة لأحكام الدنيا، قد يؤدي إلى أن يأكل الناس أموال بعضهم بالباطل، فيستدينون وهم على علم بأنهم إذا ماتوا مفلسين سقط الدين عنهم، فلا يأبهون بالدين الساقط مآلا. ويؤيد ذلك ما جاء من الحكمة في فعله عليه السلام في عدم الصلاة ابتداء على من تُوُفِّيَ ولم يترك ما يُوَفَّى منه دينه، فقيل إن الحكمة هي تأديب الأحياء لئلا يستمرئوا أكل أموال الناس بالباطل، وقيل لأن صلاته عليه السلام تطهير للميت، وحق الآدمي ثابت لا يتطهر منه إلا بأدائه أو أن يبرئه ذلك الدائن، وبما أن الصلاة وثبوت الحق متنافيان فلا يجتمعان[1]. ولذلك يترجح لدي قول الجمهور سدا لذريعة أكل أموال الناس بالباطل.

وهذا الرأي هو الذي ذهب إليه الزرقا حيث بين أن زوال الشخصية الطبيعية بالموت[2] لا يعني زوال آثارها من ذمة وأهلية، بل تستمر للمتوفى ذمة مؤقتة لتصفية ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ولم يفرق في ذلك بين كون المتوفى مفلسا أو مليئا[3].

● **المطلب الثاني:-أثر الموت في انتقال الالتزام من ذمة المدين المتوفى إلى ذمم الورثة بالتزامهم الأداء من مالهم**

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء الأربعة[4] على أن للورثة إمساك واستخلاص عين التركة لأنفسهم، وقضاء الدين كاملا من مالهم، إذا لم يكن الدين زائدا على تركة مورثهم؛ وذلك لأن الوارث هو خليفة المورث، والمورث كان له ذلك، فكذا هو. ولأن للناس غرضا في إخفاء تركة مورثهم عن شهرتها للبيع مثلا. وهذا مقيد بأن لا يكون المورث قد أوصى بقضاء الدين من عين التركة، أو من ثمن التركة بعد بيعها، أو تعلق الدين بعينها ابتداء، وفي حالة كون التركة مرهونة رهنا اختياريا (جعليا). بل إنه في حالة كون التركة مرهونة رهنا اختياريا، فلا تتعلق بها حتى الديون المرسلة في

---

(1) ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي، (ت852هـ)، تلخيص الحبير، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني. المدينة المنورة، 1384هـ ـ 1964م، ج3/ ص131

(2) الشخصية الطبيعية تعني أفراد الناس ؛حيث إن لكل منهم ذمة وأهلية، يترتب عليه بموجبها حقوق وواجبات، وتقابلها الشخصية الاعتبارية الحكمية؛ وتعني الشركات والمؤسسات ونحوها.(انظر: الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص255).

(3) الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص255

(4) ابن عابدين،حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416. الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص515. الشربيني، مغني المحتاج،ج2/ص145. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ص403. الشرواني، حواشي الشرواني،ج5/ص114. الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج. بيروت، دار المعرفة للطباعة، ج1/ص222. ابن قدامة، المغني، ج10/ ص206، 207 ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416.

ذمة المدين. ففي هذه الأحوال لا يجوز للورثة إمساك التركة وقضاء الدين من مالهم؛ لأن تلك العين قد تكون أطيب.

ولكنهم اختلفوا فيما إذا كان الدين زائدا على التركة، وأراد الورثة أو أحدهم استخلاص التركة لنفسه، فهل يجبرون على أداء الدين كاملا، أم لا؟!

مذاهب الفقهاء:-

ذهب الحنفية والشافعية في أحد قولين عندهم، إلى القول بأن الورثة في هذه الحالة ملزمون بأداء الدين كاملا، وليس فقط بقدر تركة مورثهم، وإن كان الدين زائدا على التركة[1].

وقد يستدل لهذا القول من الناحية النظرية:- بأن القول بجواز استخلاص الورثة التركة لأنفسهم، يترتب عليه امتلاكهم لتركة مورثهم بالرغم من تعلق حق الغرماء بها، ويترتب عليه استحقاقهم لنماء تركة مورثهم تبعا لانتقال الملك إليهم، ولما كان دين مورثهم أكبر من التركة وقت الوفاة، فقد يكون هنالك مجال عند الحنفية وعند من يقول بعدم انتقال ملك التركة للورثة إذا كان الدين مستغرقا، ومن ثم يتعلق حق الغرماء بنماء التركة، فيكون هنالك مجال لسداد دين مورثهم كاملا من نماء التركة، فلما قطع الورثة على الدائن هذا الأمر، وجب على الورثة قضاء الدين كاملا ابتداء، إذا أرادوا استخلاص التركة لأنفسهم.

وصرح الشافعية في القول الأرجح عندهم بأن الدين إذا كان أكثر من التركة، فللوارث أَخْذُ التركة بقيمتها، ولا يلزم بأداء قيمة الدين كاملا في هذه الحالة. حتى لو أراد الغرماء بيع التركة لتوقع زيادة قيمتها، أجيب الوارث؛عملا بالظاهر بأنها لا تزيد قيمتها، ولأن للناس غرضا في إخفاء تركات مورثهم عن أن يشهروها للبيع. أما إذا طلبت فعلا للبيع بسعر أعلى أجيب الغرماء [2].

وعند الحنابلة فإن الورثة يضمنون الأقل من قيمة التركة أو الدين، بمعنى أن للورثة قضاء دين مورثهم من تركته أو من أي محل آخر، ضمن حدود التركة لا أكثر[3]. ورأيهم هذا يدعمه أحد التكييفات عندهم لتعلق الدين بعد موت المدين؛ ومفاده أن الدين ينتقل من ذمة المورث إلى ذمم الورثة؛ وبه قال أبو الخطاب وابن عقيل، وكذلك القاضي إلا إنه قيده في كتابه (المجرد) بالدين المؤجل؛ إذ إن الرواية المعتمدة عند الحنابلة هي بقاء الدين المؤجل إلى أجله بعد موت المدين، وذلك إذا رضي الدائن بذلك، ووثق الورثة ذلك الدين المؤجل برهن أو بكفيل مليء بأقل القيمتين: التركة أو الدين؛ ذلك أن الورثة لا يلتزمون بأداء ديون مورثهم فيما زاد عن قيمة التركة؛ فإذا كان الدين أقل من التركة، فيوثقون الدائن بقيمة الدين، أما إذا كان الدين أكثر من التركة، فإنهم يوثقونه

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416. الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص114
(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص145. البجيرمي، حاشية البجيرمي،ج2/ص401
(3) المرداوي، الإنصاف، ج5/ص311

بقيمة التركة، لأنها الأقل، وهم ملزمون بأداء ديونه في حدودها فحسب، وهنا ينتقل الدين من ذمة المورث إلى ذمم الورثة أو إلى ذمة الكفيل المليء؛ لمطالبته به عند حلول أجله[1]. وبناء عليه تبرأ ذمة المدين ابتداء منذ التوثقة؛ بدليل أن الدائن لا يرجع عند حلول دينه على التركة، وإنما على من وثقه.

الرأي الراجح:-

القول الذي أرجحه في هذه المسألة هو القول الأرجح عند الشافعية والحنابلة؛ وذلك لأنهم يقيدون انتقال دين المتوفى إلى ورثته في حدود قيمة التركة لا أكثر، بخلاف ما ذهب إليه الحنفية وبعض الشافعية؛ حيث قالوا بإلزام الورثة أداء الدين كاملا في هذه الحالة.

وهكذا وبناء على القول الراجح، فإذا رغب الورثة باستخلاص التركة لأنفسهم، وكان الدين أكثر من التركة، فإن الورثة يأخذون التركة بقيمتها الحقيقية، بحيث يقومها أصحاب الخبرة، فإذا أراد الدائنون بيع التركة لتوقع زيادة ثمنها، وكانت قد طلبت بالفعل بثمن أعلى، فإنها تعرض للبيع في المزاد العلني بحيث يشارك الورثة في هذا المزاد، فإذا رسا المزاد على السعر الذي دفعه الورثة كانوا أحق بها من غيرهم، وإلا فلا. وهذا هو المطبق في القانون المدني الأردني كما جاء في المادة 1104[2].

وبهذه الطريقة يكون الورثة قد استخلصوا التركة لأنفسهم في حالة رسو المزاد عليهم، وهم بذلك لا يحرمون الدائنين من حقهم في استيفاء دينهم من التركة ولا من نمائها؛ لأن السعر الذي بذله الورثة في هذا الشراء لا شك أنه يتقوم على أساس القيمة الفعلية لهذه التركة وما يتوقع من النماء الحاصل منها. وبالمقابل فلا يلتزم الورثة بأداء الدين إلا في حدود قيمة التركة.

---

(4) المرداوي، المصدر نفسه، ج11/ص367

(1) تنص المادة 1104 من القانون المدني الأردني على ما يلي:[1- يقوم وصي التركة بوفاء ديونها مما يحصله من حقوقها وما تشتمل عليه من نقود ومن ثمن ما فيها من منقول، فإن لم يف، فمن ثمن ما فيها من عقار. 2- وتباع منقولات التركة وعقاراتها بالمزاد وطبقا للإجراءات والمواعيد المنصوص عليها في البيوع الجبرية من قانون الإجراء، إلا إذا اتفق الورثة على طريقة أخرى. 3- فإذا كانت التركة معسرة، فإنه يجب موافقة جميع الدائنين، وللورثة في جميع الأحوال حق دخول المزاد].

المبحث الرابع:- الآثار المترتبة على تعلق الالتزامات المالية بالتركة

الهدف من بحث هذه الآثار المتعلقة بتعلق الالتزامات بالتركة، هو التوصل إلى إمكانية أداء هذه الالتزامات من طرق أخرى غير التقيد بأعيان التركة الموجودة ، مع عدم تفويت حق الورثة في الميراث بعد ذلك؛ مثل:- تسديد الدين من تصرف الورثة بالتركة، أو من نماء التركة.

- **المطلب الأول:- تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة إذا تعلق بها دين**

بداية ينبغي الإشارة إلى أن الدين المقصود هنا إنما هو ذلك الدين المتعلق بذمة المتوفى حال حياته، أما دينه أو التزامه المتعلق بأعيان قائمة عنده، فلا تتناوله هذه المسألة؛ لكون هذا الدين يسدد ابتداء من تلك الأعيان، ولا تدخل ملكية تلك الأعيان المعينة في ملك الورثة ولا في التركة أساسا. وإذا كان التزامه متعلقا بمنافع تلك الأعيان مثلا دون ذواتها، ففي هذه الحالة تكون تلك الأعيان جزءا من التركة، إلا إنه يقدم استيفاء المنافع من تلك الأعيان ابتداء، قبل دخول تلك المنافع في هذه المسألة؛ كما إذا كانت عين من التركة مؤجرة لشخص ما، ومات المؤجر قبل أن يستوفي المستأجر المنافع من تلك العين، على رأي الجمهور -عدا الحنفية الذين قالوا بانفساخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين، وسيأتي بيانه-إن شاء الله تعالى.

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء[1] على أن ملكية التركة تنتقل إلى الورثة إذا لم يكن للميت ضرورة أو حاجة إلى دوام الملك في الحال أو المآل؛ كأن لا يكون الميت مدينا، أو إذا كان مدينا وسقط دينه بإبراء الغريم له أو بأداء دينه بشرط التبرع وقت الأداء سواء أكان ذلك من قبل الورثة أو غيرهم[2]، وإذا لم يوص المتوفى بشيء قبل موته، ولم يطرأ عليه دين بعد موته يعود إلى سبب باشره الشخص قبل وفاته؛ وذلك لانقطاع ملك الإنسان لماله بموته.

لكنهم اختلفوا في حالة حاجة الميت إلى دوام الملك؛ وذلك لسداد ديونه وتنفيذ وصاياه، ولم يستخلص الورثة التركة ولم يؤدوا دين مورثهم من مالهم، كما لم يسقط دين مورثهم بالإبراء من قبل الغريم، فهنا اختلف الفقهاء في بقاء ملكية الميت لماله حتى تزول حاجته أو عدم بقائها وانتقالها إلى الورثة[3].

سبب الخلاف:-

منشأ التردد في إثبات الملكية للمتوفى أو للورثة في هذه المسألة، هو أن في إضافة الملك إلى كل من الميت أو الورثة نوع استحالة؛ فالميت الأصل أنه لا ملك له. وكذلك فإن الأصل أن

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416. القرافي، الذخيرة، ج7/ ص153. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2/ ص154. الزركشي، المنثور، ج3/ ص224. ابن قدامة، المغني، ج6/ ص71

(2) أما إذا أداه مطلقا من مال نفسه ولم ينو التبرع ولا الرجوع على التركة، فيصبح ماله دينا على التركة، ويكون على الخلاف المذكور في هذه المسألة (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص416، 417)

(3) الزركشي، المنثور، ج3/ ص224

الورثة لا ميراث لهم إلا بعد قضاء الديون والوصايا[1] عملا بالآية الكريمة: [من بعد وصية يوصي بها أو دين] [2].

من هنا فقد اختلف الفقهاء بين قائل ببقاء ملكية الميت لماله؛ وذلك لحاجته لوفاء دينه وتنفيذ وصاياه، وبين آخر قائل بانتقال ملكية التركة إلى الورثة، مع تعلق الديون بالتركة، وبين ثالث قائل بكون الملك موقوفا؛ فإن أبرئ الميت من الدين وردت الوصايا، تبين أن الورثة ملكوا التركة، وإن أديت الديون ونفذت الوصايا، تبين أنهم لم يملكوا التركة[3].

مذاهب الفقهاء:-

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:-

ذهب الحنفية[4] إلى التفرقة بين ما إذا كان الدين محيطا بالتركة أو لا؛ فإذا كان الدين محيطا بالتركة، فإنه يمنع ملك الوارث للتركة إلا من حيث الصورة؛ ذلك أن للوارث استخلاص التركة وسداد الدين كاملا من محل آخر. وتكون التركة في هذه الحالة باقية على ملك الميت حتى تسدد ديونه.

وأما إذا كان الدين غير محيط بالتركة، فعلى القول الأول لأبي حنيفة، فإن وجود الدين يمنع كذلك من انتقال ملكية التركة للورثة. وفي قول أبي حنيفة الآخر، فإن الدين لا يمنع ملك الوارث للتركة بحال، إلا إن ملكه للجزء الذي تعلق به الدين يكون ملكا صوريا. ويكون حق غرماء المتوفى – وهو حق الاستيفاء- ثابتا على الشيوع في التركة بقدر الدين.

المذهب الثاني:-

وهو ما ذهب إليه المالكية[5]، والشافعية في القديم[6]؛ حيث ذهبوا إلى القول بأن الدين يمنع من الحكم بملك الورثة للتركة.

ولم يفرق المالكية في هذا المنع بين كون الدين مستغرقا للتركة أم لا. فإذا أدى الورثة الدين، استند الملك إلى وقت الموت[7]. في حين إن الشافعية عندهم قولان بالنسبة لمنع انتقال الملكية

---

(1) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت505هـ)، الوسيط، تحقيق أحمد محمود ابراهيم ومحمد تامر. ط1، القاهرة:دار السلام، 1417هـ، ج4/ص430.
(2) سورة النساء: آية11
(3) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج2/ ص154
(4) السرخسي، المبسوط، ج25، ص147. العيني، البناية شرح الهداية، ج13/ص7. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص416، ج8/ ص405. الكاساني، بدائع الصنائع: ج7/ص30
(5) القرافي، الذخيرة، ج7/ص153، ج8/ص221
(6) الغمراوي،السراج الوهاج، ج1/ص222. السيوطي،عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت911هـ)، الأشباه والنظائر. ط1، بيروت:دار الكتب العلمية، 1403هـ، ج1/ ص322. الزركشي، المنثور، ج3/ص225
(7) القرافي، الذخيرة، ج7/ص153

في هذه الحالة؛ أحدهما يقضي بمنع انتقال الملكية بقدر الدين فقط، والآخر يقضي بمنع ذلك بالنسبة لكامل التركة وإن لم يكن الدين مستغرقا لها[1].

المذهب الثالث:-

وعلى الصحيح عند الشافعية[2]، وعند الحنابلة[3]، فإن الوارث يملك التركة بالإرث بمجرد موت مورثه، ولو كان على التركة دين؛ إذ إن الدين لا يمنع انتقال التركة إلى الورثة، سواء أكان الدين مستغرقا للتركة أم لا. وتكون التركة المملوكة للورثة مرتهنة بدين مورثهم الذي كان في ذمته حال حياته، ومن ثم يخير الورثة بين أداء الدين من التركة، أو من غيرها.

- أدلة الفقهاء ومناقشتها:-

- أدلة المذهب الأول:-

استدل أصحاب الرأي الأول -الحنفية، وكذلك أصحاب الرأي الثاني -المالكية ومن معهم، بذات الدليل فيما يتعلق بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة؛ ذلك أن الرأيين متشابهان. إلا إن الرأي الأول يفرق بين كون الدين مستغرقا للتركة أو لا، والرأي الثاني لا يفرق بالنسبة لذلك. فيكون هذا الدليل في حالة كون الدين مستغرقا للتركة عند الحنفية، وعند المالكية ومن معهم لا فرق بين أن يكون مستغرقا للتركة أو لا.

1- ودليل الحنفية على أن الدين المحيط بالتركة يمنع انتقال ملكية التركة إلى الورثة هو قوله تعالى: [من بعد وصية يوصي بها أو دين][4].

- وجه الاستدلال:- إن هذه الآية نص صريح في تحديد أوان الميراث بأنه بعد قضاء الدين، والحكم لا يسبق أوانه، فلا يقال بثبوت ملكية الوارث قبل أداء ديون مورثه، فيكون حال الوارث كحال حياة المورث في المعنى. ثم إن الوارث يخلف مورثه فيما فضل عن حاجته، وأما ما هو مشغول بحاجة الميت فلا يخلفه وارثه فيه؛ كمؤنة تجهيز المتوفى، فهذه حاجة للميت لا يخلفه مورثه في ملكها، وكذلك الحال فيما لو كانت التركة مشغولة بحاجة الميت إلى سداد ديونه، فلا يخلفه وارثه في ملك الجزء المشغول منها بحاجته. وإذا كان الدين محيطا بتركته، فيكون كل المال مشغولا بحاجته، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف.

ولا يقال هنا بأن المال قد بقي مملوكا بغير مالك، وإنما تبقى ملكية الميت المدين لماله حكما؛ لبقاء حاجته في سداد ما عليه من ديون؛ حيث إن سبب الملك الحاجة، فلو بقيت الأشياء شائعة في الدنيا بلا مالك، لتقاتل الناس عليها، كما هو الحال في إثبات الملك للجنين، فهو وإن كان غير موجود بعد شرعا، وهو بصدد الحاجة العامة في حياته، فقد أثبت له ملك الصدقة

---

(8) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322

(1) الشرواني، حواشي الشرواني:ج5/ ص116، 117. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ص402، 403. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322

(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3/ ص554. ابن قدامة، المغني، ج10/ص206

(3) سورة النساء: آية 11

والأموال بالإجماع، وكذلك الحال في الميت بعد الحياة، فإذا لم تبق له حاجة عامة فلا يملك، إلا أن تبقى حاجته لسداد ديونه أو تنفيذ وصاياه، فتبقى ملكيته لماله حكما[1].

2- وأما فيما يتعلق بقول الحنفية بانتقال ملكية التركة إلى الوارث إذا لم يكن الدين محيطا بها، فهذا الشق من رأيهم لم يشاركهم فيه الرأي الثاني، حيث لم يفرق في منع انتقال ملكية التركة إلى الورثة مع وجود الدين، بين كونه مستغرقا للتركة أم لا. ودليل الحنفية على ما ذهبوا إليه هو أن الوارث يخلف مورثه في المال، والمال كان مملوكا لهذا الميت حال حياته، بالرغم من اشتغاله بالدين كالمرهون، إذ لا يمنع الرهن من ملكية الراهن للمال المرهون، فكذلك الحال بعد موته، يكون مملوكا للورثة بالرغم من اشتغاله بالدين[2].

- أدلة المذهب الثاني:-

1- استدل الرأي الثاني بذات الدليل الذي استدل به الحنفية، وهو وقوله تعالى: [من بعد وصية يوصي بها أو دين][3].

- وجه الاستدلال:- قدم الله ــ سبحانه وتعالى ــ في هذه الآية الدين على الميراث، دون تفرقة بين الدين اليسير والدين الكثير في الحكم بوجوب إيفاء الدين قبل الميراث، فدل على أن تعلق الدين بالتركة يمنع من الإرث قبل أدائه[4].

- مناقشة الدليل الذي استدل به أصحاب الرأيين السابقين:-

- رد البجيرمي على هذا الاستدلال بهذه الآية بأن تقديم الديون والوصايا على الميراث في الآية إنما هو من حيث القسمة والإخراج، لا من حيث الاستحقاق؛ بمعنى أنه عند القسمة والتصرف في التركة يجب تقديم إخراج الدين على أخذ الورثة حصصهم من الميراث، وهذا الترتيب لا ينافي كون الوارث استحق التركة من حين الموت، بمعنى أنه لا يمنع من الإرث[5].

- كما أورد القرافي المالكي الجواب الذي يورده المعترضون على هذا الاستدلال بالآية الكريمة كما يلي:- إن المغيا في هذه الآية هو المقادير (كالثلث والنصف ونحو ذلك) لا المقدر (وهو ملكية الورثة لأنصبتهم)؛ بمعنى أنه أراد سبحانه وتعالى أن يبين للورثة أن حقهم في أنصبتهم كالثمن للزوجة والنصف والربع ونحوها إنما هو ليس من رأس مال التركة ابتداء، وإنما هو من القدر الذي يفضل بعد الدين والوصية. وأصل ذلك القاعدة التي مفادها أن اللفظ إذا سيق لأجل معنى، فلا يحتج به في غيره. وهنا لما سيقت هذه الآية لبيان المقادير، وبأنها تحسب من القدر المتبقي بعد الدين لا من أصل التركة، فلا يستدل بها في بيان مسألة الأملاك؛ أي متى تنتقل التركة للورثة[6].

- أدلة المذهب الثالث- وهو مذهب الشافعية والحنابلة:

---

(4) السرخسي، المبسوط، ج25/ص147، 148، ج29/ص137. القرافي، الذخيرة، ج8/ص221
(1) السرخسي، المبسوط، ج29/ ص137
(2) سورة النساء: آية 11
(3) القرافي، الذخيرة، ج8/ ص221. الشربيني، مغني المحتاج:ج2/ ص146
(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص402
(5) القرافي:الذخيرة، ج8/ص221

1- استدلوا بقوله عليه السلام:- [من ترك حقا أو مالا فلورثته][1].

وجه الاستدلال:- يستدل بعموم هذا الحديث على أن التركة تنتقل إلى الورثة بغض النظر عن تعلق الدين بها أو لا[2].

2- استدلوا كذلك بالقياس؛ حيث قاسوا تعلق حق الغرماء بالتركة، على تعلق حق المرتهن بالمرهون، وحق المجني عليه بأرش الجناية، وكلا التعلقين لا يتعارضان مع ملكية الراهن ولا الجاني لماليهما، فكذا هنا، فلا يمنع تعلق حق الغرماء بالتركة –والذي هو كتعلق حق المرتهن بالرهن، وكتعلق الجاني بأرش الجناية – لا يمنع من ثبوت ملكية الورثة للتركة، وانتقالها إليهم بموت مورثهم[3].

المناقشة والترجيح:-

الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الحنفية؛ ذلك أن ورثة الميت لا يملكون من التركة ملكا حقيقيا إلا بمقدار ما لم يتعلق به حق للغرماء أو الموصى لهم، ومن ثم فإن استغراق التركة بالديون يؤدي بطبيعة الحال إلى أن لا يملك الورثة من التركة شيئا.

وأما قولهم بتملك الورثة للتركة ملكا صوريا لكونهم يملكون استخلاص التركة لأنفسهم وقضاء الدين من مالهم، فهذا الملك لا يضيف إلى ملك الورثة مالا جديدا إلا من حيث الشكل، وأما المضمون فإنما هو استبدال مال بمال مقابل له، ليس إلا.

وأما بالنسبة للرأي الثاني القائل بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة مع تعلق الدين بها مطلقا، فهو رأي يوقع الورثة بحرج وضيق، كما أشار إلى ذلك البجيرمي، وخاصة إذا كان الورثة صغارا ومحتاجين.

والقول الثالث برأيي أنه يسد طريقا من طرق تسديد الدين، وهو نماء التركة؛ لأن النماء تبع للملكية، فلما تملك الورثة التركة بمجرد وفاة المدين، وقبل تسديد ديونه، سد هذا الباب؛ لأن نماء التركة أصبح ملكا للورثة تبعا لانتقال ملكية التركة إليهم، فلا يتعلق حق الغرماء بذلك النماء .

* الفرع الأول:- قاعدة [لا تركة إلا بعد سداد الديون]، وعلاقتها بانتقال ملكية التركة إلى الورثة إذا تعلق بها دين

بعد البحث عن أصول قاعدة: [لا تركة إلا بعد سداد الديون]المنسوبة إلى الفقه من قبل أغلب القانونيين، وجدت أن هذه القاعدة لم ينص عليها الفقهاء القدامى[4].

والواقع أن هذه القاعدة ليست دقيقة؛ كونها تنفي ملكية الورثة للتركة حتى تسدد الديون مطلقا، ومما سبق بحثه في مسألة انتقال ملكية التركة إلى الورثة إذا تعلق بها دين، وقبل سداد ذلك الدين، يتبين أن هذه القاعدة لا تتفق مع رأي الذين قالوا بانتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد وفاة

---

(6) سبق تخريجه
(7) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ص438
(1) الشربيني، مغني المحتاج:ج2/ ص146. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ص438
(2) إلا إن محمد نجيب المطيعي ــ من الفقهاء المعاصرين ــ قد ذكر هذه القاعدة في تكملة كتاب المجموع للنووي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط1، 1422هـ ــ 2001م. وقد وردت هذه القاعدة في كتب القانونيين كالمذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني وغيرها.

المورث، سواء أتعلق بها دين أم لا. كما إنها لا تتفق مع الرأي الذي يفرق بين انتقال ملكية التركة في حال كونها غير مستغرقة بالدين، وعدم انتقالها في حال كونها مستغرقة بالدين؛ لأنه في كلتا الحالتين تثبت للوارث ملكية التركة؛ إما ملكية صورية في حال استغراقها بالدين، أو ملكية حقيقية في الحالة الأخرى في القدر الذي لا يتعلق الدين به. وعلى القول الثالث الذي ينص على عدم انتقال التركة إلى الورثة مع وجود الدين، فإنها وإن كانت هذه القاعدة تنطبق ظاهرا عليه، إلا إنه يثبت للورثة كذلك ملكية صورية؛ تمكنهم من استخلاص التركة لأنفسهم وقضاء الدين من مالهم[1].

والقاعدة الأدق – برأيي –هي: [لا ميراث إلا بعد قضاء الدين والوصية] [2]، ولو قضاء حكميا بأن يحدد ما يسدد به ديون الميت وتنفذ به وصاياه ولو قبل التنفيذ الفعلي لذلك. والله تعالى أعلم.

وإنما هي أدق برأيي؛ لأن نصيب كل وارث هو ما لا يتعين حقيقة لمستحقه إلا بعد تحديد جميع ديون الميت ووصاياه، حيث يحدد نصيبه المقرر له شرعا كالنصف أو الربع ونحو ذلك من باقي التركة لا من أصل التركة، وهو ما نصت عليه الآية الكريمة في قوله تعالى: [من بعد وصية يوصي بها أو دين][3]؛ بغض النظر عن الخلاف بين الفقهاء في جواز تقديم أخذ الوارث نصيبه المحدد من الإرث قبل الاستيفاء الفعلي للديون المحددة وقبل تنفيذ الوصايا أم لا[4]. بينما التركة والتي تشمل كما سبق تعريفها جميع ما خلفه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه، وتتعلق بها الحقوق المشروعة على الميت إما لمصلحته أو لمصلحة غيره، ومن ضمن هذه الحقوق الديون التي على المتوفى، فهي كما تبين في المطلب الأول من هذا المبحث فإنها وعلى قول الحنفية في التركة غير المستغرقة بالدين[5]وعلى الصحيح عند الشافعية[6]، وعند الحنابلة[7] فإنها تنتقل ملكيتها إلى الورثة بالرغم من تعلق ديون المتوفى بها، من هنا فلم تكن القاعدة الأولى دقيقة.

* الفرع الثاني:- تعلق حق الغرماء بنماء التركة وكسبها

المقصود بنماء التركة وكسبها:- هو ذلك النماء المنفصل الناتج عن التركة، والذي حدث بعد وفاة المورث؛ كغلات التركة، وأثمار الأشجار المملوكة للمورث ولم تكن مثمرة قبل موته، ولكنها أثمرت بعد موته وقبل الوفاء بدينه، ونتاج الماشية ونحو ذلك[8].

---

(1) أبو زهرة، محمد،(1383 ه – 1963م). أحكام التركات والمواريث. دار الفكر العربي، ص24، 35، 26
(2) نصت الكتب الفقهية على هذه القاعدة، انظر: القرافي:الذخيرة، ج9/ص262، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، ج5/ ص61
(3) سورة النساء: آية 11
(4) انظر: الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص146
(5) السرخسي، المبسوط، ج25، ص147. العيني، البناية شرح الهداية، ج13/ص7. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص416، ج8/ ص405. الكاساني، بدائع الصنائع: ج7/ص30.
(6) الشرواني، حواشي الشرواني:ج5/ ص116، 117. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ص402، 403. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322
(7) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3/ ص554. ابن قدامة، المغني، ج10/ص206
(8) البهوتي، شرح منتهى الإرادات:ج3/ص554. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج6/ص565

ثم إن هذا النماء في التركة قد يكون راجعا لسبب مرتبط بحياة المدين، كما قد يكون ناتجا عن فعل الورثة؛ كأن يتاجروا بالتركة، عند من يجيزون تصرف الوارث بالتركة بالرغم من تعلق حق الغرماء بها.

ينبني هذا الفرع على مسألة انتقال ملكية التركة إلى الورثة بالرغم من كونها محملة بالديون[1]؛ وبيان ذلك فيما يلي:-

فالذين قالوا بانتقال ملكية التركة إلى الورثة محملة بالديون، قالوا بعدم تعلق حق الغرماء بنماء التركة؛ وذلك لأن النماء إنما هو تبع للملك، ومن ثم فيختص به المالك وحده دون غيره، فإذا حدث النماء في التركة بعد ملك الورثة لها، فلا يتعلق حق غرماء المدين بذلك النماء، لكون النماء حاصلا في ملك غير المدين، وإنما يكون الورثة هنا مطالبين بسداد ديون مورثهم في حدود التركة، دون نمائها وكسبها الذي حصل بعد وفاة مورثهم.

وأما على القول بعدم انتقال ملكية التركة للورثة حتى تسدد ديون الميت سواء أكانت تلك الديون مستغرقة للتركة أم لا، أو على القول بعدم انتقالها إلى الورثة إذا كان الدين مستغرقا للتركة، فلا يختص الورثة في هذه الحالة بنماء التركة دون غرماء الميت، بل يتعلق حق أولئك الغرماء بالنماء أيضا؛ لكون النماء حاصلا على ملك المورث؛ لبقاء ملكيته لماله حتى توفى ديونه.

كما أشار المرداوي إلى أنه قد يبنى هذا الفرع على مسألة أخرى- سبق بحثها-وهي: هل يبقى الدين متعلقا بذمة المدين المتوفى حتى يقضى دينه، أم هل ينتقل إلى ذمم الورثة، أم هل يتعلق بأعيان التركة فقط ؟ فعلى القولين الأوليين (وهما تعلق الدين بذمة المدين أو بذمم الورثة)، فيتعلق دين الغرماء بنماء التركة كالرهن. وأما على القول الأخير بتعلق الدين بأعيان التركة فقط، فهنا لا يتجاوز تعلق حق الغرماء بالتركة إلى نمائها أو كسبها[2].

وفيما يلي بيان مذاهب الفقهاء الأربعة في هذه المسألة بناء على رأيهم في مسألة انتقال ملكية التركة إلى الورثة مع كونها محملة بالديون:-

للفقهاء في هذه المسألة قولان:-

القول الأول:-

حيث ذهب الحنفية[3] والمالكية[4] والشافعية في القديم[5] إلى القول بتعلق حق الغرماء بنماء التركة وزوائدها؛ كالأرباح وأولاد الماشية إذا كانت التركة فيها حيوانات ونحوها، فتقضى منها ديونهم. وبالقسمة ينقطع حق الميت عنها، وإنما تكون القسمة بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا.

ولم يفصل الحنفية في تعلق الدين بنماء التركة بين أن يكون الدين مستغرقا للتركة أو لا؛ وذلك لأن الدين حتى لو لم يكن مستغرقا للتركة، فإنه يكون متعلقا بنماء جميع التركة حتى يسدد؛

---

(9) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322

(1) المرداوي، الإنصاف، ج5/ص311، 312

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص158

(3) القرافي، الذخيرة، ج7/ص153، ج8/ص221

(4) الغمراوي،السراج الوهاج: ج1/ض222. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322. الزركشي،المنثور، ج3/ص225

لأن حق الغرماء في سداد ديونهم غير المستغرقة للتركة، يكون ثابتا على الشيوع في التركة[1]، فلا يحدد بجزء منها؛ لكون جميع أجزاء التركة مرهونة بالدين، وليس بعضها أولى بفك الرهنية من بعض، فيبقى حق الغرماء متعلقا بنماء التركة لهذا الاشتراك مع الورثة؛ حيث إن الورثة في نفس الوقت يملكون من التركة ملكا حقيقيا الجزء الذي لا يتعلق به الدين، وهو على الشيوع كذلك، وعليه فيتعلق حق كل منهما بنماء التركة، والله تعالى أعلم.

القول الثاني:-

ذهب الشافعية في الجديد[2] والحنابلة[3] إلى القول بعدم تعلق حق الغرماء بنماء التركة وزوائدها؛ كالكسب والنتاج، ومن ثم يختص الورثة وحدهم بنماء التركة، كما يقع عليهم نقص التركة إذا تصرفوا فيها قبل سداد الدين.

وشبه الحنابلة ذلك بنماء الجاني؛ إذ لا حق لولي الجناية فيه، إذ إن حقه يكون مقصورا فقط في أرش الجناية [4].

المناقشة والترجيح:-

القول الذي أرجحه في هذه المسألة هو قول الجمهور من الحنفية ومن معهم؛ وذلك لأن فيه مراعاة لحقوق الدائنين بعدم حرمانهم من استيفاء ديونهم من ذلك النماء الحاصل في التركة، وبالمقابل فإن فيه حرصا على تبرئة ذمة المدين بجميع الطرق الممكنة، ومن ضمنها أداؤه من نماء التركة.

وعليه فإن القول باستئثار الورثة لذلك النماء مع الإخلال بمصالح كل من الدائن والمورث لمجرد انتقال ملكية التركة إلى الوارث بالرغم من تعلق الدين به لا يحقق العدالة والمصلحة المنشودة، والله تعالى أعلم.

- **المطلب الثاني:- تصرف الورثة بالتركة إذا تعلقت بها ديون مرسلة على المورث**

المراد بتصرف الوارث بالتركة:- هو ما يقوم به الوارث من بيع أو إجارة أو رهن أو هبة أو إعتاق، وغيرها من سائر العقود الواردة على أموال التركة. وأما المقصود بالديون المرسلة فهي تلك الديون المتعلقة بذمة المدين، ولم يوثقها المدين برهن جَعْلي.

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء الأربعة على أن للوارث التصرف بالتركة ببيع أو رهن وغيرها من التصرفات ما لم يتعلق بالتركة دين أو وصية.

كما اتفقوا[1] على صحة تصرف الوارث والوصي بالتركة إذا كان ذلك لنفع الميت ومصلحته ولا يترتب عليه ضرر بسببه[2]؛ كسداد دين الميت أو حفظ ماله؛ وذلك كأن يبيع التركة

---

(5) السرخسي، المبسوط، ج25، ص147. ابن عابدين،حاشية ابن عابدين، ج5/ص416
(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص146. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ص402، 403
(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3/ ص554. البهوتي، كشاف القناع، ج6/ص383. الرحيباني، مطالب أولي النهى،ج6/ص565. ابن قدامة، المغني، ج10/ص207
(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص146. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج3/ ص554. البهوتي، كشاف القناع، ج6/ ص383 ،

إذا كانت عروضا لقضاء دين الميت. فيصح بإذن جميع الغرماء، ولا يكفي إذن بعضهم دون بعض، إلا إذا كان البعض الآخر غائبا، وأذن عنه الحاكم. وكذلك يصح ذلك إذا كان التصرف لحفظ ماله؛ كأن يبيع الوصي أو الأب المنقول من التركة؛ لأن حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه. وأما إذا كان الوارث كبيرا، فقد قيد المالكية[3] تصرف الوصي لقضاء دين وتنفيذ وصية أن يكون ذلك بحضرة الكبير.

أيضا اتفقوا على أنه إذا تعلق بالتركة دين طارئ[4]، سواء أكان ذلك الدين مستغرقا للتركة أم لا، وكان الورثة قد تصرفوا بالتركة ببيع أو رهن أو قسمة أو غير ذلك، فإن تصرفهم يبقى صحيحا، كما لا تنقض القسمة إذا سقط الدين الطارئ عن الميت بطريقة من طرق الإسقاط؛ كأن يكون للميت مال آخر سوى المال المتصرف فيه، فيؤدى ذلك الدين منه، أو أن يقضيه الورثة من مالهم، أو أن يبرئ الغرماء الميت من ديونهم الطارئة. فإن لم يسقط ذلك الدين الطارئ بأحد طرق الإسقاط، فإنه يفسخ تصرفهم بالتركة، وتنقض القسمة؛ وذلك ليصل الحق إلى مستحقه[5].

كما ذهب الشربيني إلى بيان أنه إذا تصرف الوارث المعسر بالتركة التي تعلق بها دين مقارن[6] على الميت، فلا ينفذ تصرفه جزما.

لكنهم اختلفوا في حالة تصرف الوارث الموسر بالتركة التي تعلق بها دين مقارن[7]، وكان على علم به أو بكون المتوفى مديانا، ولم تكن التركة مرهونة رهنا اختياريا، فهل ينفذ تصرفه لنفسه في هذه الحالة أم لا ؟!

مذاهب الفقهاء:-

تنقسم مذاهب الفقهاء في هذه المسألة إلى أربعة مذاهب:-

---

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ص135. القرافي، الذخيرة، ج8/ ص217. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ص401

(5) قيد الشافعية التصرف بالتركة في هذه الحالة بأن يكون بثمن المثل، كما قيد جواز التصرف بأن لا يؤدي إلى بقاء نفس الميت مرتهنة بدينه؛ وعليه فلم يجز بعضهم إيجار شيء من التركة لسداد دين المتوفى وإن أذن الغرماء بذلك، ويقيد صحة هذه الفتوى بكون الأجرة مؤجلة أو مقسطة، أما إذا كانت حالة، فلا تؤدي إلى بقاء نفسه مرهونة بدينه؛ إذ الأجرة تملك بنفس العقد عند الشافعية. ولا يقال باحتمال انفساخ الإجارة في مدة الإجارة لاحتمال تلف العين المؤجرة؛ ؛ لأن الأصل عدم التلف، ومن ثم فإن الأمور المستقبلة لا ينظر إليها في أداء الحقوق (انظر: البجيرمي:حاشية البجيرمي، ج2/ص401).

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج4/ ص453

(2) الدين الطارئ:- ويقصد به الدين الذي طرأ على التركة بعد موت المورث، وكان هذا الدين راجعا إلى سبب باشره أو التزمه المدين حال حياته ؛كرد مبيع- كان قد باعه الملتزم قبل وفاته- بسبب عيب ظهر فيه بعد وفاة البائع، وهذا التزام تعاقدي بموجب عقد البيع، وقد يكون الالتزام مصدره ليس عقدا ؛كأن يكون مصدره الفعل الضار الذي باشر الشخص سببه حال حياته، كمن حفر بئرا في غير ملكه تعديا ومات، ثم وقع فيه إنسان أو حيوان، فيكون الضمان في هذه الحالة على الميت متعلقا بتركته. ولا يقصد بالدين الطارئ ذلك الدين المقارن لحياة المورث ولكنه كان خفيا على الورثة أو وصي التركة (الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ ص222)

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص350. الغمراوي، السراج الوهاج،ج1/ ص222. المحلي،جلال الدين محمد بن أحمد، (ت864هـ)، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، تحقيق عبد اللطيف عبد الرحمن. بيروت: دار الكتب العلمية، 2001م، ص274. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج4/ ص485

(6) الدين المقارن:هو الدين الذي كان ثابتا على المدين حال حياته – مقارنا لحياة المدين، أو أنه تقدم سببه على وفاة المدين، سواء أكان ظاهرا أم خفيا بالنسبة للوصي على التركة أو للورثة (النووي، روضة الطالبين. ط2، بيروت:المكتب الاسلامي، 1405هـ، ج4/ ص85. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص145).

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص145).

المذهب الأول:-

وهو ما ذهب إليه الحنفية[1] والشافعية في أحد قولين عندهم[2]؛ حيث ذهبوا إلى القول بعدم نفاذ تصرفات الورثة لأنفسهم في حالة وجود دين مقارن على المورث، سواء أكان الدين قليلا أم كثيرا. سواء أكان الوارث موسرا أم معسرا، فتكون تصرفاته موقوفة على قضاء الدين؛ فإذا قضى الوارث دين مورثه جاز تصرفه، وإن لم يقض دينه، وخاصم الغريم في ذلك، أُبْطِلَ تصرف الوارث.

المذهب الثاني:-

وهو رأي المالكية في رواية أشهب عن مالك[3]؛ حيث قالوا بأن تصرف الوارث لنفسه، أو تصرف الشخص لغيره من الورثة؛ كتصرف الولي في مال الصبي، وذلك كأن يبيع الورثة بعض التركة ليرثوا قبل سداد الدين، إن هذه التصرفات في التركة تعتبر باطلة أساساً، سواء أكانت تلك التصرفات بإذن الغرماء أم لا، وسواء أكان الدين مستغرقا للتركة أم لا على الأظهر، وإن كانوا قد عزلوا جزءا من التركة ابتداء لسداد ديون مورثهم، وحتى لو قضي الدين من الجزء المعزول من التركة بعد ذلك التصرف. وذلك إذا علم الورثة بوجود الدين المقارن على الميت، أو علموا بكون الميت شخصا مديانا؛ لأن المديان يتوقع أن يكون عليه ديون كثيرة وإن لم تكن معلومة للورثة، حتى ولو كان الدين طارئا، وكان الورثة على علم بأن الميت مديان، فهنا يكون تصرفهم باطلا كذلك. وأما إذا لم يعلموا بوجود الدين المقارن، ولم يكن المورث موصوفا بالدين- أي لم يكن مديانا، ففي هذه الحالة إذا تصرف الورثة قبل علمهم بذلك الدين المقارن الخفي، يمضى تصرفهم؛ لأن تصرفهم كان سائغا وقتئذ، وهنا يتبع الغريم الورثة بالثمن – ثمن العين المبيعة من التركة، ولا يتبع المشتري إذا لم يحاب؛ لأن البيع انعقد صحيحا في هذه الحالة [4].

وبناء على القول ببطلان تصرف الورثة، فإن للغرماء الرجوع بحقهم على الورثة؛ حيث إن حقهم متعلق بالمالية لا بأعيان التركة، فإن لم يوجد مع الغرماء ثمن العين المبيعة التي تصرفوا بها، رجع الغرماء على المشتري بالعين التي اشتراها من الوارث؛ لأن البيع باطل أصلا، إلا إذا أراد المشتري أن يدفع ثمن تلك العين أو قيمتها يوم قبضه لها على ما هي من نماء أو نقص، فله ذلك؛ لما تقدم من أن حق الغرماء متعلق بمالية التركة لا بأعيانها[5].

المذهب الثالث:-

---

(6) ابن قاضي سماوه، جامع الفصولين، ج2/ص37. السرخسي، المبسوط، ج21/ ص100

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص144. البجيرمي: حاشية البجيرمي، ج2/ ص401. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص327. الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ ص222. الشرواني، حواشي الشرواني:ج5/ ص114. الزركشي، المنثور، ج1/ ص365

(1) القرافي، الذخيرة، ج8/ ص214، 215

(2) القرافي، الذخيرة، ج8/ص218

(3) الحطاب، مواهب الجليل: ج 5/ص43

وهو الرواية الأخرى عند الشافعية[1]، حيث ذهبوا إلى القول بأنه إذا كان الدين أقل من التركة، فإنه يترك جزء من التركة لسداد ذلك الدين، ومن ثم يصح تصرف الوارث بباقي التركة، وليس بجميع التركة، فإذا لم يقض الوارث دين مورثه بعد ذلك فسخ تصرفه.

المذهب الرابع:-

وهو رأي الحنابلة [2]؛ حيث ذهبوا إلى القول بصحة تصرف الوارث بالتركة جميعها ببيع وغيره قبل قضاء دين المورث، بشرط الضمان لأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين، كما تصح قسمة التركة بين الورثة. فإن عجز الوارث عن سداد دين مورثه بعد تصرفه بالتركة، فإن تصرفه يفسخ.

وقد ذكر البهوتي أن فسخ تصرف الوارث بالتركة لا يكون على إطلاقه، وإنما يكون الفسخ في حالة تعذر سداد الدين من قبل الوارث لعجزه عن ذلك؛ وكان للغرماء استردادها؛ لأن حقهم سابق فيها ولو بماليتها. ولكن إذا امتنع الوارث عن سداد دين مورثه بعد تصرفه بالتركة مع قدرته على السداد – أي لم يكن عاجزا عن السداد – ففي هذه الحالة يجبر على الأداء، ولا يفسخ البيع؛ كما هو الحال بالنسبة للشخص الجاني وصاحب النصاب الزكوي، فإنهما يجبران على أداء أرش الجناية وقيمة الزكاة المستحقة وإن تصرفا في أموالهما ببيع ونحوه، إذا قدرا على الأداء، ولا تفسخ باقي تصرفاتهما[3].

وإذا اقتسم الورثة التركة، ثم امتنعوا عن أداء الدين، فإن التركة تباع لسداد الدين؛ لكون الدين متقدما في استحقاق الأداء على الميراث، وإذا أدى أحد الورثة الحصة المفروضة عليه من الدين، استقر له الملك في باقي نصيبه، وبيع قدر الدين المستحق من نصيب الآخرين الذين امتنعوا عن الأداء [4].

- **أدلة الفقهاء:-**
- **أدلة المذهب الأول:-**

1- استدلوا على رأيهم بمنع الورثة من التصرف بالتركة؛ بأن في ذلك رعاية لحق كل من المتوفى المدين، والغرماء؛ فأما المدين فرعاية حقه تتمثل بتبرئة ذمته من الديون المتعلقة بها حتى بعد موته، وذلك يتأكد بأداء ديون الميت من تركته قبل التصرف بها. وأما رعاية حق الغرماء فتتمثل بأداء ديونهم من التركة؛ لأن حقهم تعلق بمالية العين التي تصرف بها الوارث، والوارث بتصرفه قد يكون قاصدا لإبطال حق الغرماء، فيُرَدُّ عليه قصده. فإذا ما قضى الورثة دين الغرماء، جاز لهم التصرف بالتركة؛ وذلك لأن المانع وهو حق الغريم قد زال بوصول حقه إليه[5].

---

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص401. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص327
(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ص329، 330
(1) البهوتي،كشاف القناع،ج3/ص439،438،ج6/ ص383. الرحيباني،مطالب أولي النهى،ج3/ ص396
(2) البهوتي، كشاف القناع، ج6/ ص383
(3) السرخسي، المبسوط، ج21/ص100

2- استدلوا بعموم قوله تعالى: [من بعد وصية يوصي بها أو دين][1].

وجه الاستدلال:- لم تفرق هذه الآية التي تنص على تقديم حق الميت في إخراج ديونه من ذمته، على حق الورثة في الميراث، لم تفرق بين دين يسير ودين كثير.

3- وبالنسبة للحنفية، فقد بنوا رأيهم في هذه المسألة على قولهم بأن التركة لا تنتقل ملكيتها إلى الوارث إذا كانت مستغرقة بالدين؛ لأن حاجة الميت إلى سداد دينه مقدمة على الإرث، ومن ثم فلا يصح تصرف الورثة بالتركة ولا قسمتها أو المصالحة عنها في هذه الحالة.

4- كما أن القياس أنهم لا يملكون التصرف بالتركة ولا قسمتها إذا لم تكن مستغرقة بالدين كذلك؛ لأن كل جزء من أجزاء التركة يكون مشغولا بالدين بغض النظر عن قدره، ولا أولوية لصرف الدين إلى جزء منها دون جزء، فصارت كالمستغرقة بالدين، والقياس أن يمتنع انتقال ملكها إلى الورثة ومن ثم امتناع تصرفهم فيها. ولكن الزيلعي ذكر أنهم إن تصرفوا بشيء من التركة غير المستغرقة بالدين جوز ذلك استحسانا؛ لأنه قلما تخلو تركة عن دين قليل، فلو منع هذا الدين القليل من انتقال الملك وجواز التصرف لأدى إلى الحرج، أو إلى أن لا يملك الورثة أصلا، ولذلك جوز الملك والتصرف قبل سداد الدين استحسانا، إلا إنهم يعزلون من التركة قدر الدين ليقضوه منه؛ حتى لا يحتاجوا إلى نقض القسمة أو التصرف[2].

5- واستدل الشافعية على رأيهم بعدم نفاذ تصرف الوارث بالتركة قبل سداد الدين بالقياس؛ حيث قاسوا تعلق الدين بالتركة على تعلق الدين بالرهن الجعلي من حيث أصل التعلق؛ بجامع أن كلا منهما مال تعلق به دين، بغض النظر عن كون الدين قليلا أو كثيرا؛ وبما أن الرهن الجعلي يمنع تصرف الراهن بالمرهون، وإن كان لا يمنع ثبوت ملكه له، فكذلك الحال بالنسبة للتركة المرهونة بالدين، وإن كان رهنها رهنا شرعيا لا جعليا، إلا إنها تأخذ حكم المقاس عليه من حيث: ثبوت ملك الوارث لها، مع عدم نفوذ تصرفه فيها قبل سداد الدين. وكما تورث الأموال تورث الحقوق ــ يقصد الحقوق المتعلقة بتلك الأموال، بحيث تنتقل هذه التركة محملة بالديون التي على المورث[3].

ولكن على القول بأن تعلق الدين بالتركة هو كتعلق الأرش بالجاني، لا يمتنع تصرف الوارث بالتركة المحملة بالدين قليلا كان أو كثيرا؛ لأن هذا الرهن الشرعي للتركة ثبت من غير اختيار المالك،كما إن الأرش ثبت شرعا من غير اختيار الجاني له، وإن كان قد ترتب على جنايته[4].

- مناقشة المذهب الأول بشكل عام:-

عقب البجيرمي من الشافعية على هذا المذهب بأن تطبيقه بهذا العموم قد يؤدي إلى إيقاع الورثة في حرج وضيق، وخاصة إذا كان الورثة صغارا أو محتاجين للمال، وذلك إذا منعوا

---

(4) سورة النساء: آية 11

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ص52

(2) الشربيني، مغني المحتاج:ج3/ص4. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص327

(3) الشربيني، مغني المحتاج:ج2/ ص144

من التصرف بالتركة لقضاء حوائجهم، بسبب وجود دين قليل جدا مثلا في التركة، أو بسبب دائن غائب في بلاد بعيدة وقد أفرز له قدر دينه. فمثل هذا الضيق لا يتفق مع مبدأ التيسير ورفع الحرج عن الناس في الشريعة الاسلامية، خاصة وأن هذا الأمر قد عمت به البلوى؛ لأنه قلما توجد تركة لا يتعلق بها ولو دين يسير، فإذا قيل بتعطيل تصرف الوارث بالتركة على إطلاقه وقع الناس في حرج لا مبرر له [1].

ـ أدلة المذهب الثاني:-

1- استدل المالكية على ما ذهبوا إليه من اعتبار تصرفهم باطلا؛ بأن هذا البيع أو التصرف لأنفسهم كان قبل سداد الدين، والآية الكريمة تنص على أن سداد الدين مقدم على الميراث، فيقدم على تصرفهم لأنفسهم؛ لقوله تعالى: [من بعد وصية يوصي بها أو دين][2]، فأشبه بيع الجمعة وتلقي الركبان في اعتباره باطلا.

2- ثم إن القول ببطلان التصرف قبل سداد الدين بالرغم من عزل جزء من التركة لسداد الدين؛ إنما هو لأجل وجود المخاطرة التي قد تلحق بذلك الجزء المعزول، أو ببقية التركة؛ لتوقع هلاك بقية المال، وحوالة الأسواق بتغير الأسعار بالزيادة أو النقصان [3].

- أدلة المذهب الثالث:-

1- استدلوا على ما ذهبوا إليه بأن الدين لا يتعلق إلا بقدره من التركة، وليس بجميعها؛ بالمصلحة المرسلة، وبمبدأ رفع الحرج عن الورثة، وخاصة إذا كان فيها صغار ومحتاجون للنفقة، حيث إن الحجر في مال كثير بشيء قليل بعيد، وعليه فيجوز تصرف الورثة بباقي التركة وترك جزء منها لسداد ذلك الجزء القليل من الدين[4] .

2- كما استدلوا على ذلك بالقياس على مال المريض مرض الموت؛ بجامع أن تعلق حق الغير بعين ذلك المال إنما كان من غير رضى المالك. وكما لا يمنع المريض مرض الموت من التصرف في ماله لنفسه، فكذلك لا يمنع الورثة من التصرف في المال الذي آل إليهم من مورثهم[5].

- أدلة المذهب الرابع:-

1- بنى الحنابلة رأيهم في هذه المسألة على ما ذهبوا إليه من انتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد موت مورثهم، ومن ثم يكون الورثة مخيرين في قضاء دين المورث بين أن يؤدوه من التركة نفسها، أو من أموالهم الخاصة في حدود قيمة التركة[6].

---

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص401
(1) سورة النساء: آية 11
(2) القرافي، الذخيرة، ج8/ ص228. الحطاب، مواهب الجليل: ج5/ ص44
(3) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص401
(4) الشيرازي، المهذب، ج1/ ص327
(5) البهوتي، كشاف القناع: ج6/ص383. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ص396

2-وإنما يلزمهم الأقل من قيمة التركة أو الدين؛ لأنه الواجب عليه، حيث إن الورثة لا يلزمون بأداء الدين من أموالهم فيما يزيد عن قيمة التركة إن تصرفوا بها؛ لأنه لا يلزمهم أكثر من وفاء الدين، ولا أكثر من التركة، حتى لو كانت التركة باقية لا يلزمهم أكثر من تسليمها، ولو تلفت قبل التصرف فيها والتوثيق، سقط الحق؛ كما لو تلف الجاني[1].

المناقشة والترجيح:-

إن المذهب الذي أرجحه في هذه المسألة هو مذهب الحنابلة؛ وذلك لأن رأيهم منسجم مع ما هو متفق عليه من جواز أن يستخلص الورثة التركة لأنفسهم ومن ثم قضاء الدين من مالهم، وعندهم يلزم الورثة في هذه الحالة بأقل الأمرين من قيمة الدين أو التركة. وبما أنه يشترط ضمانهم لأقل الأمرين من قيمة الدين أو التركة، فلا فرق بين التصرف لأنفسهم للتركة، وبين استخلاص التركة لأنفسهم. فإذا عجزوا عن أداء ما التزموا به من الضمان، فهنا يفسخ تصرفهم، وإن امتنعوا من الأداء تعسفا، أجبروا عليه، وهذا منطقي.

كما أن رأيهم هذا منسجم مع قولهم بانتقال ملكية التركة إلى الورثة مع وجود الدين، وبما أنهم يملكون التركة، إذا فهم يملكون حق التصرف فيها، وإن كانت مرهونة بالدين، إلا إنها مرهونة برهن شرعي يرهن ماليتها لا عينها، وهم قد ضمنوا الأقل من قيمة التركة أو الدين، أي أن ماليتها ما تزال قائمة.

أما بالنسبة لرأي الحنفية ومن معهم بعدم نفاذ تصرفات الورثة حتى يقضوا دين مورثهم في حدود تركته، وكذلك المذهب الثالث للمالكية ومن معهم بالقول ببطلان تصرف الورثة لأنفسهم أساسا قبل سداد الدين، فإنما ذلك ليضمنوا سداد دين مورثهم؛ عملا بالآية الكريمة: [من بعد وصية يوصي بها أو دين][2]، ولكن رأي الحنابلة لا يخالف هذه الآية لكونه ينقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة الورثة في هذه الحالة، ومن ثم فيكون تصرفهم في التركة بعد الضمان بمثابة تصرفهم بعد قضاء الدين. كما أن هذين المذهبين – الأول والثاني– وكما رأينا تعليق البجيرمي، فإنهما قد يوقعان الورثة بالحرج والضيق الشديد، وخاصة إذا كانوا صغارا ومحتاجين للنفقة، وكان أحد الدائنين غائبا ونحو ذلك، فهل يبقى الورثة ينتظرون حضور ذلك الغائب حتى يسدوه دينه ومن ثم يقتسمون التركة ؟! وهل يقومون بالاستدانة لنفقتهم ولهم من التركة نصيب مفروض ؟!

أما بالنسبة للقول الآخر عند الشافعية، وهو القول بجواز أن يترك لسداد الدين نصيب معين، ومن ثم يتصرف الورثة بباقي التركة، فهذا القول – برأيي– لا يضمن حق الغرماء مثل ما

---

(6) ابن قدامة، الكافي، ج2/ص185

(1) سورة النساء: آية 11

يضمنه قول الحنابلة؛ لأنه في حالة تلف هذا الجزء المتبقي للسداد، ومع كونهم قد تصرفوا بباقي التركة، فسيؤدي ذلك إلى ضياع حق الغرماء لا إلى بدل؛ لكونهم لم يضمنوا ذلك الدين ابتداء، وإنما فقط أبقوا له جزءا معينا. أما على قول الحنابلة، فإن الضمان آكد؛ لكون الورثة التزموا ضمان ذلك الدين أو أقل الأمرين في ذممهم، فلو تلف المال، بقي الدين متعلقا بذمتهم. والله تعالى أعلم.

الفصل الثاني:-أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقود الواردة على ملكية الأعيان

وفيه ثمانية مباحث:

المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد البيع

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد السلم

المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الاستصناع

المبحث الرابع:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الصرف

المبحث الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد بيع الربويات

المبحث السادس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة بعوض

المبحث السابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح بعوض

المبحث الثامن:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الحوالة

تــوطئــة

يتضمن هذا الفصل الحديث عن أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن مجموعة من العقود؛ يجمع بين هذه العقود أنها عقود ناجزة، ترد على ملكية الأعيان. ومما يندرج تحت هذه العقود؛ عقد البيع اللازم –غير المقرون بالخيار ابتداء، وعقد الهبة بعوض، وعقد صلح المعاوضة –إن لم يكن على منافع، وعقد الصرف، وعقد بيع الربويات، وعقد السلم، وعقد الاستصناع. وعقد الحوالة.

ومما يجدر التنبيه إليه إلى أن الالتزامات في هذه العقود وإن اتفق على تأجيل تنفيذها إلى أجل معين أو آجال محددة، إلا إنها تبقى عقودا ناجزة، يترتب أثرها ــ حكمها ــ عليها بمجرد انعقادها، إلا أن يكون الالتزام المترتب عليها مشترطا فيه الفورية لصحة انعقادها واستمرارها، فهنا لا بد فيها من تحقق ذلك الشرط وعدم تأجيل ذلك الالتزام.

وفي المباحث اللاحقة بحث أثر الموت في الالتزامات المترتبة على كل منها.

المبحث الأول:– أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد البيع

- **المطلب الأول:– تعريف البيع**

– **البيع لغة:**– يعتبر لفظ البيع من الأضداد في اللغة العربية؛ بمعنى أنه يطلق على الشيء، كما يطلق على ضده؛ أو هو مشترك لفظي كلفظ القرء حيث يطلق على الطهر كما يطلق على الحيض، فالبيع ضد الشراء، ويأتي كذلك بمعنى الشراء[1].

– **وأما تعريف البيع شرعا:**–

ذهب **الحنفية** إلى تعريف البيع شرعا بالتعريف اللغوي: وهو أنه عبارة عن تمليك المال بالمال. لكن زيد عليه قيد كون هذا التمليك على وجه التراضي[2].

وأما **المالكية:** فللبيع عندهم إطلاقان، أعم وأخص، كما وضحه ابن عرفة؛ فالبيع الأعم: هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة [3]. فيخرج بهذا التعريف عندهم العقد على المنافع كالإجارة والكراء، والنكاح[4]. وأما البيع الأغلب في عرف الشرع، فهو أخص من معنى البيع المتقدم عندهم، بزيادة: "ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة، معين غير العين فيه"[5].

وتفسير هذا التعريف الأخص، هو أن شأن البيع بالمعنى الأخص أن يكون فيه مغالبة ومشاححة، وأن يكون أحد عوضيه ليس ذهبا ولا فضة، وأما العوض الآخر فيجوز أن يكون من أحدهما؛ بمعنى أن لا يكون كلا العوضين ذهبا أو فضة. وهو تفسير قوله: (وأن يكون غير العين[6] فيه معينا)؛ أي أن يكون العوض المقابل للنقد غير ثابت في الذمة، بل يكون عرضا معينا.

وأما تعريف البيع عند **الشافعية:**– فهو عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد[7]. لكن ملك المنفعة على التأبيد ليس مقصودا به عقد الإجارة؛ لأن الإجارة تمليك المنافع لمدة مؤقتة. وإنما يكون تمليك المنافع دون الأعيان على التأبيد كما في بيع حق الارتفاق، أو حق الشرب والمسيل ونحوها على وجه التأبيد .

---

(1) ابن منظور، لسان العرب: ج8/ص24،23
(2) العيني، البناية شرح الهداية، ج8/ص3
(3) الخرشي، حاشية الخرشي: ج 5/ص260
(4) العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص177
(5) العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص177. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص225
(6) المقصود بالعين عند المالكية كما بين ابن عرفة إنما تختص بالنقد المضروب، فإذا كان الذهب والفضة غير مسكوكين (مضروبين) فإنه يعدهما من غير العين. وغير العين عندهم إنما هو العَرَض (السلعة) (ابن جزي: القوانين الفقهية، ج1/ص165).وهذا المعنى للعين عندهم ليس متفقا عليه عند عامة الفقهاء؛ لأن الحنفية مثلا يطلقون العين على السلعة المبيعة، وهي في مقابلة الثمن، كما جاء في تعريفهم لأقسام البيع، فالبيع المطلق مثلا هو بيع عين بثمن؛ أي بيع سلعة أو عرض بثمن؛ كالنقود. وفي اللغة فإن العين تأتي بمعنى المال الناض أو المال الحاضر، ومنه سمي بيع العينة؛ وذلك لحصول النقد لصاحب العينة (الرازي، مختار الصحاح، ج1/ص195. الجزري، النهاية في غريب الأثر: ج3/ص334،333).)، وجاء في لسان العرب، العين: الذهب عامة، وعن الأزهري: العين: الدينار(ابن منظور، لسان العرب: ج13/ص305).
(7) الشربيني، مغني المحتاج: ج2/ص6،5

وعند **الحنابلة:** البيع هو مبادلة مال ولو في الذمة، أو منفعة مباحة على الإطلاق؛ بأن لا تختص إباحتها بحال دون حال كممر الدار، بمثل أحدهما- المال أو المنفعة المباحة- على التأبيد، غير ربا وقرض[1]. وقد ذكر هذا القيد الأخير لإخراج الربا والقرض؛ حيث إن الربا محرم. وأما القرض؛ فإخراجه لكونه يغلب فيه معنى الإرفاق، وإن قصد منه المبادلة.

- **المطلب الثاني:- أنواع البيوع بالنظر إلى البدلين**

تختلف أنواع البيوع عند الفقهاء الأربعة بناء على اختلافهم في تعريف البيع أساسا:

فعند الحنفية[2] ينقسم البيع إلى أربعة أقسام رئيسة: البيع المطلق[3]، والمقايضة[4]، والسلم[5]، والصرف[6].

وأما عند المالكية[7]، وبناء على الإطلاق الأعم للبيع فتدخل فيه هبة الثواب[8] والصرف والمراطلة[9] والسلم. ومن ثم تخرج هذه الأنواع الأربعة من البيوع بناء على المعنى الأخص للبيع عندهم، والذي ذكره ابن عرفة مبينا أنه المعنى الغالب إطلاقه في عرف الفقهاء:

فتخرج هبة الثواب بإضافة قيد ذو مكايسة (أي مغالبة ومشاححة) على التعريف الأعم؛ لأنها لا مشاححة ولا مغالبة فيها، فإذا دفع الموهوب له قيمة الهبة، لزم الواهب قبولها، ولا يجاب إذا طلب منه أزيد مما دفعه.

كما يخرج كل من الصرف والمراطلة بقيد (أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة)؛ لأن كلا العوضين فيهما ذهب أوفضة، كما تبين من تعريفهما.

ويخرج السلم بقيد (أن يكون غير العين فيه معينا)؛ وذلك لأن العوض الآخر-الذي ليس بعين في السلم- وهو المسلم فيه ليس معينا، وإنما هو ثابت في الذمة، والأصل أن العين في البيع وفي السلم لا يشترط فيها أن تكون معينة، وأما العوض الآخر غير العين، فيشترط فيها على المعنى الأخص عندهم أن تكون معينة، ولكنها في السلم لا تكون معينة، ولذلك يخرج السلم بهذا القيد من كونه بيعا بالمعنى الأخص دون الأعم.

وأما عند الشافعية[1]، فيشمل البيع:الصرف،وبيع الطعام بالطعام، والسلم، وصلح المعاوضة.

---

(1) البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص146

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ ص501. السيواسي، شرح فتح القدير، ج6/ ص247

(3) وهو بيع عين (عرض) بثمن. وهذا البيع إذا اعتبر بالنسبة للثمن:- فهو إما أن يكون بمثل الثمن الأول مع زيادة، فهو مرابحة، أو بمثل الثمن الأول دون زيادة فهو تولية، أو أنقص من الثمن الأول فيكون وضيعة، أو بدون زيادة ولا نقص -أي بلا اعتبار بالثمن الأول - فهو مساومة.

(4) وتعني بيع عين بعين.

(5) وهو بيع ثمن بعين.

(6) وهو بيع ثمن بثمن.

(7) العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص177. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص225

(8) وهي الهبة بشرط العوض

(9) وهي بيع النقد بنقد مماثل لنوعه. ومثاله: بيع ذهب بذهب بالميزان؛ بأن يضع أحد المتبايعين الذهب الذي يريد بيعه في إحدى كفتي الميزان، ويضع الآخر ذهبه في الكفة الأخرى، إلى أن تتساوى الكفتان، فيأخذ كل واحد منهما ذهب الآخر.

وعند الحنابلة[2] يشمل البيع:- بيع العين بالثمن(البيع المطلق)، والمقايضة، والصرف، وبيع المنافع على التأبيد كممر دار في مقابل سلعة أو نقد في الذمة، ولا يدخل فيها الإجارة لكونها تمليك منافع ولكن ليس على التأبيد.

يتبين مما سبق اتفاق الفقهاء في المجمل على اعتبار أربعة أنواع رئيسة من البيوع، وذلك بالنظر إلى البدلين، هي:- بيع العرض بالثمن (البيع المطلق)، وبيع العرض بالعرض (المقايضة)، وبيع النقد بالنقد (الصرف)، وبيع الثمن بالعرض (أو بيع آجل بعاجل وهو السلم)، وهناك من عد الاستصناع من باب السلم.

ولكن نظرا لأهمية واستقلالية كل نوع من هذه البيوع بأحكام خاصة، يترتب عليها التزامات متوافقة مع تلك الأحكام، فإنني سأفرد لكل منها مبحثا مستقلا، وسأقتصر في هذا المبحث على بيان أثر الموت في عقد البيع المطلق (بيع العرض بالثمن).

وأبتدأ الحديث عن البيع المطلق؛ وذلك نظرا لكونه الأكثر شيوعا بين الناس. وصورته أن يبيع شخص لآخر سلعة أو منفعة كممر الدار – بشرط كون ذلك التمليك للسلعة أو المنفعة على وجه التأبيد، ويأخذ مقابل ذلك ثمنا من الأثمان المطلقة، كالنقود المتداولة في كل بلد من البلدان.

المطلب الثالث:- الالتزامات الناشئة عن عقد البيع المطلق

من أهم الالتزامات التي تترتب على عقد البيع، والتي لا تحتاج لاشتراطها من قبل أي من المتعاقدين، بل تعتبر حقوقا لهذا العقد، ويتوجب على كل من المتعاقدين تنفيذها ما يلي[3]: ـــ

أولا:- التزامات البائع:-

1- التزام البائع بتسليم المبيع، وتمكين المشتري من قبضه. ولم يقيد الشرع كيفية القبض، فيرجع في تقييده إلى العرف[4].

2- التزام البائع بضمان العيوب[1] في المبيع، وهذا الضمان عام في كل مبيع. ولا يختص بمدة معينة[2].

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج: ج2/ص43
(2) البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص147، 168
(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ص194
(3) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ ص243. النووي، أبوزكريا محي الدين بن شرف، المجموع، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي. بيروت: دار إحياء التراث،2001م، ج9/ص263، 264. النووي، روضة الطالبين: ج3/ص522. الغزالي، الوسيط، ج3/ ص152. المُواق، أبوعبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، (ت897هـ)، التاج والإكليل.ط2، بيروت:دار الفكر، 1398هـ، ج4/ص477. ابن قدامة، المغني، ج4/ ص79

3- التزام البائع بضمان الاستحقاق[3]:- ويضمن البائع للمشتري بموجب هذا الالتزام كل ما يمكن أن يتعرض له المبيع من حق قد يثبت للغير على ذلك المبيع؛ سواء كان ذلك الحق متعلقا بملكية عين المبيع، أو بما دون ملكية العين؛ كأن يتعلق به حق عيني للغير؛ كحق الارتفاق: مثاله حق التعلي، وحق المرور، وحق المسيل للأراضي ونحو ذلك. أو أن يتعلق به حق شخصي للغير؛ كحق المستأجر في الانتفاع بالعين المؤجرة.على أن يكون سبب استحقاق المبيع سابقا على عقد البيع، أو أن يكون حادثا بعد البيع ولكنه متعلق في حدوثه بفعل ناشئ عن البائع قبل عقد البيع؛ لأنه في هاتين الحالتين يكون البائع قد غرر بالمشتري بأن باعه ما ليس في ملكه، أو باعه شيئا فيه حق للغير سواء أكان ذلك الحق عينيا أم شخصيا، فلا بد إذا أن يتحمل البائع نتيجة تغريره بالمشتري.

ومن الجدير بالذكر أن الضمان إنما يثبت في عقود المعاوضات بشكل عام، كالبيوع بجميع أنواعها والإجارة ونحوها؛ إذ إن الأصل فيها سلامة المعقود عليه، ويكون العاقد ضامنا لسلامة المعقود عليه فيها، بخلاف العقود التي ليست من المعاوضات؛ كالرهن، فإن العاقد فيها لا يكون ضامنا للسلامة[4].

أما التزامات المشتري فهي[5]:-

1- الالتزام بأداء ثمن المبيع للبائع، فإذا كان الثمن حالا، كان على المشتري أن يؤديه في الحال للبائع. وإن اتفقا على تأجيله أو دفعه على أقساط، فإنه يلتزم بتأديته في أجله أو في آجاله المحددة، ويحق له بالمقابل قبض المبيع قبل أن يوفي الثمن للبائع بحسب الاتفاق بينهما.

---

(4) هو ضمان ما ينقص قيمة المبيع عادة أو في عرف التجار؛ إذ المرجع في معرفته عرف أهله. أو هو نقص خلا عنه أصل الفطرة السليمة؛ حيث إن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة. ويشترط في الرد بالعيب أن يكون هذا العيب سابقا على العقد، أو مقارنا له، أو لاحقا له لكن قبل أن يقبض المشتري المبيع، ومن ثم ظهر عند المشتري بعد قبضه للمبيع، واستمر وجوده عنده. ولم يره المشتري عند عقد البيع ولا عند القبض؛ لأنه لو علمه==
==وقتئذ وقبضه فإنه يكون راضيا به، فلا خيار له بعد ذلك(انظر التفصيل: المرغيناني، أبوالحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، (ت593هـ)، الهداية شرح البداية. المكتبة الاسلامية، ج3/ص36. الزيلعي، تبيين الحقائق: ج4/ص31. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص301. الاختيار، ج2/ص250. الخرشي،حاشية الخرشي: ج5/ص453، ص510-515. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4/ص149. الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع، ج2/ ص286. المرداوي، الإنصاف، ج4/ص405. البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص204. ابن تيمية، كتب ورسائل ابن تيمية، ج 29/ ص27. القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، (ت978هـ)، أنيس الفقهاء، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي. ط1، جدة:دار الوفاء،1406هـ، ج1/ص207).

(2) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2/ص97، 98

(2) هو أن يحق- يوجب- الرجل الشيء لنفسه، بما تثبت به الحقوق وتمضي لأهلها؛ وذلك كشاهد عدل، أو شاهد وامرأتين، أو شاهد ويمين على مذهب من يقضي باليمين مع الشاهد. فإذا أقام ذلك، وجب الحق له، ولزم القضاء به في الظاهر بعد الإعذار. فإن كان الأمر على خلاف ذلك في الباطن، فلا يحله له قضاء الحاكم. ولا يكتفى بأن تكون دعوى الاستحقاق مقرونة بإقرار المستحق؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، في حين إن البينة حجة على الجميع(انظر: ابن رشد، الجد، أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، (ت520هـ)، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات،خرج آياته وأحاديث زكريا عميرات. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ ـ 2002م، ج2/ ص149).

(3) قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر، نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار المعروف بتكملة شرح فتح القدير، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م، ج7/ ص47

(5) النووي، روضة الطالبين، ج3/ص522

2- الالتزام بتسلم المبيع في الوقت المتفق عليه بينهما.

- **المطلب الرابع:-أثر موت أحد المتعاقدين مليئا في الالتزامات الناشئة عن عقد البيع المطلق**

يعتبر البيع اللازم الناجز من العقود المالية الفورية؛ أي التي لا تحتاج إلى زمن لترتب أثرها عليها، بل يترتب حكم عقد البيع فور انعقاده، ولا يحتاج إلى العاقدين واستمرار أهليتهما بعد انعقاده ولزومه[1]، كما أن القبض من موجب عقد البيع اللازم ومقتضاه، وليس شرطا في لزومه و تمامه، فإذا مات أحد المتبايعين قبل قبض أحد العوضين، قام من ينوب عنه مقامه في القبض وفي سائر الالتزامات المترتبة عليه تجاه العاقد الآخر، فيلتزم ورثة البائع بتسليم المبيع للمشتري، كما يلتزمون بضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب القديمة في المبيع. وبالمقابل فإن ورثة المشتري يلتزمون بتسليم الثمن للبائع. ويكون التزام كلا الطرفين في حدود تركة مورثهم[2].

قال ابن قدامة:- [وإن مات المتبايعان، فورثتهما بمنزلتهما في جميع ما ذكرناه؛ لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما، وإرث حقوقهما، فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما] [3].

فبالنسبة لالتزام المشتري بدفع الثمن، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا مات المشتري مليئا قبل أن يسلم الثمن للبائع ، فإن وارث المشتري يقوم مقامه في الالتزام بتسليم الثمن للبائع، ومن ثم فلا يكون للبائع حق فسخ البيع، وإنما يكون له حق حبس المبيع إلى حين استيفاء الثمن من تركة المشتري، إذا لم يكن المشتري قد قبض السلعة حال حياته، وإذا كان المشتري قد قبضها قبل وفاته، فيتمكن البائع من الوصول إلى أخذ ثمنها حتى لو امتنع وارث المشتري من دفع ثمنها من تركة مورثه المليء؛ وذلك عن طريق رفع دعوى إلى الحاكم، وإن فرض العجز عن ذلك فيكون نادرا لا عبرة به[4].

وأما التزامات البائع، فتنتقل إلى ورثته بعد موته، مع كونها مقيدة في حدود ما خلف البائع من تركة. فإذا كان الوارث قد تصرف بالتركة، ثم طرأ دين مثلا برد مبيع معيب، فإنه لا يفسخ تصرفه ولا تفسخ القسمة بهذا الدين على الأصح عند الفقهاء الأربعة؛ لكونه دينا طارئا، ولكن يلزم الورثة عندئذ بقضاء هذا الدين من محل آخر ضمن قيمة تركة مورثهم، فإن لم يقضوا ذلك الدين الطارئ، فإن تصرفهم بالتركة يفسخ؛ وذلك ليصل الحق إلى مستحقه، ولأن حق الميت في الوفاء بديونه مقدم على حق الورثة [5].

---

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج7/ ص30

(2) البجيرمي، حاشية البجيرمي: ج2/ص215. الشربيني، مغني المحتاج: 2/ص159. البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص238

(3) ابن قدامة، المغني، ج4/ ص140

(4) الشربيني، مغني المحتاج: ج2/ص159،158. الزركشي، المنثور، ج3/ ص328

(5) المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ص274

ومن الجدير بالذكر أن التزام البائع وورثته بضمان العيوب في المبيع، لا يكون فقط تجاه المشتري، بل أيضا تجاه ورثة ذلك المشتري إذا مات قبل اطلاعه على العيب في السلعة، وكذلك إذا حدث عيب عند البائع قبل القبض، وبعد موت المشتري، فهذا العيب لم يكن أثناء حياة المشتري، ومع ذلك فإن على البائع وعلى ورثة البائع ضمانه لورثة المشتري إذا طالبوا به. وهذا يدل على أن خيار العيب لم ينتقل إلى ورثة المشتري بطريق الإرث حقيقة، وإلا لما ثبت لهم الخيار في العيب الذي لم يحدث في حياة المشتري؛ لأن الإرث يقتضي أن يكون مملوكا للمورث حتى يصح انتقاله إلى الوارث. وإنما يثبت لهم هذا الخيار ابتداء لانتقال ملك المبيع إليهم، فيكون من حقهم سلامة المبيع. وإذا استخدم لفظ (يورث خيار العيب)؛ فيكون المراد بالإرث انتقال الخيار إلى الوارث بطريق الخلافة لا بطريق الإرث حقيقة؛ كما جاء في عبارة الأشباه والنظائر لابن نجيم: [اعلم أن ملك الوارث بطريق الخلافة عن الميت، فهو قائم مقامه كأنه حي؛ فيرد المبيع بعيب ويُرَدُّ عليه، ويصير مغرورا بالجارية التي اشتراها الميت، ويصح إثبات دين الميت عليه][1].

وهكذا فيكون هذا الخيار ثابتا للورثة لقيامهم مقام مورثهم في استحقاق المبيع سليما من العيوب، فإذا ما وجد عيب ما، فات الجزء السليم المقابل له، ومن ثم يحق للوارث كما كان يحق للمورث المطالبة بذلك الجزء. فإذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة العيب من الثمن(أرش العيب)؛ والوارث يخلف مورثه فيما هو مال [2].

وقد استثنى الفقهاء من الرد بالعيب حالة اتحاد الذمة؛ وهي أن يشتري شخص من مورثه سلعة قبل موته، ثم يموت ذلك المورث، وليس عليه ديون ولم يوص بوصايا، ولم يترك سوى ذلك الوارث، فهنا إذا طلع وارثه على عيب فيها، فلا رد له لتلك السلعة؛ لأن التركة كلها له، فلا حاجة له لأن يرد السلعة على نفسه. أما إذا وجد على المتوفى ديون أو وصايا في هذه الحالة، فللوارث رد السلعة عند وجود عيب فيها، وذلك ليأخذ ثمنها من التركة، بينما تدخل تلك السلعة في ما تستوفى به الديون والوصايا. كذلك الحال إذا كان هناك وارث آخر معه، فيكون له رد كل المبيع في حالة وجود العيب، ويسترد الثمن من التركة[3].

---

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص301

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص146. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص19. السرخسي، شمس الدين، المبسوط،ج13/ ص43

(3) الشهرزوي، أبوعمروعثمان بن عبد الرحمن بن عثمان، (ت643هـ)، أدب المفتي والمستفتي، تحقيق موفق عبد الله عبد القادر، ط1، بيروت: مكتبة العلوم والحكم، 1407هـ، ج2/ ص574

وبالنسبة لالتزام البائع بضمان استحقاق المبيع، فإن ورثة البائع يقومون مقامه في هذا الالتزام ضمن حدود تركته؛ ويكون ذلك إما بأداء ثمن المبيع كاملا إذا استحق كاملا، أو بأداء جزء من ثمنه، إذا استحق بعضه.

•المطلب الخامس:- أثر موت أحد المتعاقدين مفلسا[1] قبل الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد البيع

إن أثر موت أحد المتعاقدين مفلسا في هذه المسألة لا يقتصر على عقد البيع، بل ينطبق على أي عقد من عقود المعاوضات الشبيهة بالبيع؛ كهبة الثواب، والرد بالعيب على مذهب من كيَّفه على أنه ابتداءُ بيعٍ، وأما على القول بأنه نقض بيع، فلا يكون له حق استرداد السلعة بحال، وإنما يكون أحق بالثمن الذي دفعه للبائع في الموت والفلس جميعا، وذلك إن وجد الثمن بعينه، فإن لم يجده كان أسوة للغرماء بذلك الثمن[2].

ويندرج تحت هذا المطلب عدة صور؛ فقد يموت المشتري مفلسا قبل أداء الثمن الحال عليه للبائع- كله أو جزء منه. وقد يموت بعد قبض السلعة من البائع، أو قبل قبضها. كما يحتمل أن يموت البائع مفلسا، قبل أن يسلم السلعة للمشتري، وبعد أن قبض ثمن تلك السلعة منه. وفيما يلي بحث أثر الموت في جميع هذه الصور.

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء على أن المشتري أحق بسلعته إذا دفع ثمنها للبائع، ولم يقبضها منه حتى مات ذلك البائع مفلسا، ولا يصبح هذا المشتري أسوة لغرماء البائع؛ لأن المشتري ثبت له بعقد البيع ملك المبيع من شخص جائز التصرف، فلا يحق لأحد منازعته فيه، كما لو لم يمت البائع مفلسا. ويقوم ورثة البائع بتسليم المبيع للمشتري[3]. ويلحق بهذه الحالة الرد بالعيب على اعتبار أنه ابتداء بيع؛ بمعنى أن المشتري إذا رد السلعة على البائع بعيب ما، ثم مات البائع مفلسا قبل إرجاع ثمن السلعة لذلك المشتري، فإن المشتري يكون أحق بسلعته من سائر الغرماء، فإن لم يجد سلعته بعينها، أصبح أسوة الغرماء في ثمنها[4].

---

(1) المقصود بالمفلس في هذه المسألة ليس المعنى اللغوي للكلمة؛ وهو من لا عين له ولا عرض، (وهو مرادف شرعا لمن توى ماله؛ أي هلك). وإنما المقصود به المعنى الشرعي للمفلس: وهو من قصر ما بيده عما عليه من الديون. أوهومن لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود. وقد سمي المدين مفلسا في هذه الحالة بالرغم من أن معه مالا؛ لأن ماله مستحق الصرف إلى غرمائه، فكأنه معدوم، أو باعتبار المآل إذ أنه يصبح بعد أداء ديونه لا مال له، أولأنه لا يستطيع التصرف فيما لديه من مال؛ لكونه محجورا عليه فيه لصالح غرمائه، إلا الشيء التافه اليسير منه والذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها.(السندي، أبوالحسن نور الدين بن عبد الهادي،(ت1138هـ)، حاشية السندي على النسائي، ج7/ص311، رقم الحديث: 28514. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص417).

(2) ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج2/ ص44

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج4/ص 564. البهوتي،كشاف القناع، ج3/ ص437. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ص387

(4) ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج2/ص43، 44

كما اتفق فقهاء الحجاز والعراق على أن البائع أحق بالمبيع إذا كان باقيا في يده، ولم يقبض ثمنه حتى مات المشتري مفلسا[1]؛ وذلك بالقياس على كون البائع له حق حبس المبيع إلى حين قبض الثمن في حياة المشتري، فيكون كذلك بعد موته؛ لكونه كالرهن بيده، ويكون في ضمان البائع، فيكون الجامع بين الصورتين عدم تسليم المشتري للثمن مع بقاء المبيع في يد البائع[2]. إلا إنهم اختلفوا في تفسير هذه الأحقية:-

فقد بيَّن ابن عابدين من الحنفية[3] أنه ليس المراد بكون البائع هنا أحق بالمبيع بأن يأخذه مطلقا؛ إذ لا مبرر لذلك، لأن المشتري قد ملك المبيع بعقد البيع، ومن ثم انتقلت ملكية هذا المبيع بعد موته إلى ورثته، بالإضافة إلى تعلق حق بقية الغرماء به، وهكذا فلا يستقل هذا البائع بأخذ المبيع واسترداده على وجه الإطلاق؛ بمعنى أنه لا يسقط الحكم المترتب على البيع والمتمثل بثبوت ملكية المشتري للمبيع، كما لا يسقط ثبوت ملكية البائع للثمن، ومن هنا فإنه لا يجوز للبائع أن يفسخ البيع، ويسترجع المبيع لنفسه مطلقا بعد موت المشتري، وإنما يكون أحق بحبسه حتى يستوفي ثمنه، إما من مال الميت، أو من بيع القاضي للمبيع الذي عنده، فإن وفى بثمنه الذي كان قد اتفق عليه مع المشتري قبل موته فقد تحقق المطلوب، ويأخذ البائع ثمنه، وإن زاد على ذلك الثمن أخذ حقه منه ورد الباقي على بقية غرماء المشتري، وأما إذا نقص عن الثمن المطلوب أخذ ذلك الثمن الناقص ورجع بالباقي على تركة الميت ليكون أسوة للغرماء فيما بقي له. وهذا الحكم يستوي فيه أن يكون المشتري لم يقبض المبيع بعد، أو أنه كان قد قبضه بدون إذن البائع.

وأما عند المالكية، فقال ابن المواز بأنه إذا كان البائع أحق بالمبيع فإنه يأخذه بجميع الثمن زادت أو نقصت في سوق أو بدن، وفي كلام ابن رشد ما يفيد بأن البيع ينتقض في هذه الحالة، ومن ثم يعود الطرفان إلى ما كانا عليه قبل البيع[4].

وكذلك عند الشافعية يكون من حق البائع في هذه الحالة فسخ عقد البيع، واسترجاع المبيع دون حاجة لحكم حاكم على الأصح[5].

كما اختلف الفقهاء في مصير العقد والالتزامات المترتبة على المتعاقدين، في حالة موت المشتري مفلسا، وكان قد قبض السلعة قبل موته، ولكنه لم يدفع ثمنها – كله أو جزءا منه.

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف في مسألة موت المشتري مفلسا لم يدفع ثمن السلعة التي قبضها إلى أمرين:-

---

(5) نقل الاتفاق الفقيهان: ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج2/ ص43. ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص216

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ص564. الطحاوي، أبوجعفر أحمد بن محمد بن سلامة، (ت321هـ)، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1399هـ، ج4/ص166

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: ج4/ص564، ج5/ص96. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص201

(3) المواق، التاج والإكليل: ج5/ص50. ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج2/ ص45

(5) الغمراوي، السراج الوهاج: ج1/ص320. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص158

1- التعارض الظاهري بين الأدلة الواردة فيها، وبخاصة الأحاديث المروية عن أبي هريرة من قبل رواة متعددين.

2- وأيضا تعارض هذه الروايات مع الأصل النظري الذي يرتبه عقد البيع من ثبوت ملك المبيع للمشتري، وثبوت ملك الثمن للبائع.

وهذان السببان أشار إليهما ابن رشد بقوله: " فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس"، وذلك في معرض بحثه لمسألة اختلاف الشافعي ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا[1].

مذاهب الفقهاء:-

ذهب الفقهاء في هذه المسألة إلى مذهبين:-

المذهب الأول: وهو ما ذهب إليه الحنفية[2] والمالكية[3] والحنابلة [4] من القول بأنه إذا كان المشتري قد قبض المبيع بإذن البائع، ومات مفلسا قبل أداء ثمنه، فيكون البائع في هذه الحالة هو وسائر غرماء المشتري سواء في المحاصصة بثمن المبيع، سواء أكان البائع قد اقتضى من ثمنه شيئا أم لم يقتض، ولكنه في حالة أنه اقتضى من ثمنه شيئا فإنه يحاصص الغرماء في القدر المتبقي من الثمن، وإلا فبكل الثمن. حتى لو كان المبيع حانوتا (مخزنا تجاريا مثلا) أو دارا، فلا يكون البائع أحق بما فيهما من سلع وأمتعة وأثاث ونحوها. وهكذا فيكون التزام المشتري بأداء الثمن بعد موته متعلقا بتركته، ولكن لا يكون على النحو الكامل المتفق عليه، بسبب فلسه.

المذهب الثاني:- وهو مذهب الشافعية[5] الذين قالوا بأن البائع يكون أحق بالمبيع من سائر الغرماء، فيأخذه مطلقا إن شاء؛ بحيث يكون من حقه فسخ عقد البيع واسترجاع المبيع دون حاجة لحكم حاكم على الأصح عندهم. حتى إن حقه في المبيع هنا يقدم على مؤنة تجهيز الميت، فلا يباع ذلك المبيع للحصول على مؤنة تجهيز ذلك الميت. وإذا اختار عدم استرداد سلعته، فله ذلك أيضا، ومن ثم يصبح أسوة لسائر الغرماء بدينه.

والراجح عند الشافعية أنه لا يؤثر تغير السلعة بالزيادة أو النقصان في حق الاسترجاع، فما دامت السلعة قائمة بأصلها أو بعينها، فيحق للبائع استرجاعها[6].

---

(1) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص217

(2) الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي بن محمد، (ت1088هـ)، الدر المختار.ط2، بيروت: دار الفكر، 1386هـ، ج4/ص564. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: ج4/ص564. الطحاوي، شرح معاني الآثار: ج4/ص166. الزيلعي، تبيين الحقائق: ج5/ص201

(3) المواق، التاج والإكليل: ج5/ص50، 51. ابن رشد: المقدمات، ج2/ ص44

(4) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص379. ابن قدامة، المغني، ج4/ ص293

(5) الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ص320. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص158، 159

(6) ذكر الشافعية في ذلك تفصيلات هامة، منها:-

1. إذا تغيرت السلعة بنقصان ما فإن البائع إذا اختار استردادها فله ذلك، ويرجع بقيمة النقصان بحسب يوم البيع، فيكون أسوة لغرماء المشتري بما بقي له جراء هذا النقصان.
2. إذا تغيرت السلعة بالزيادة فإنه ينظر: فإن كانت الزيادة متصلة لا تتميز، وهي ليست من صنعة الآدميين؛ كأن تكون هناك ابل فسمنت أوكبرت، فيأخذها البائع ولا يرجع بقيمة الزيادة على المشتري؛ لأنها عين ماله، والزيادة فيها غير متميزة فتبعت الأصل.

واستثني من هذه الحالة ما إذا كان المبيع صيدا، وكان البائع غير محرم، ثم أحرم البائع، ومات المشتري مفلسا في فترة إحرام البائع، فلا يكون لهذا البائع الرجوع بسلعته على الأصح؛ لكونه محرما، بخلاف ما لو آل إليه الصيد من الإرث؛ لأن الإرث قهري [1].

وإذا كان البائع قد اقتضى من ثمن المبيع شيئا فليس له أن يرد ما تقاضى مقابله من ثمن، وإنما يكون أحق بالاسترداد من السلع بقدر ما بقي له من الثمن[2]. وهذا إنما يتصور في المبيع الذي يمكن تجزئته.

وفيما إذا أراد غرماء المشتري المفلس أو ورثته تقديم البائع ــ الذي من حقه فسخ البيع ــ بالثمن من تركة هذا المفلس؛ لما لهم من المصلحة في قبض السلعة، فإنهم لا يجابون على طلبهم هذا، ويكون البائع أحق بها منهم، كما لم يكن للمفلس نفسه أخذ السلعة. وبهذا يتبين أن الخيار إنما يكون لصاحب السلعة إن شاء استردها بعينها، وإن شاء تركها وصار أسوة للغرماء بثمنها[3].

أدلة المذاهب:-

أولا:- أدلة المذهب الأول[4]:

- أدلة الحنفية:

1- جاء في الدر المختار استدلال الحنفية على كون البائع أسوة للغرماء بعد موت المشتري مفلسا وقد قبض المبيع بقول النبي ــ صلى الله عليه وسلم:- [إذا مات المشتري مفلسا فوجد البائع متاعه بعينه فهو أسوة للغرماء] [5].

وجه الاستدلال: هذا نص صريح على كون البائع أسوة لغرماء المشتري فيما إذا مات المشتري مفلسا.

---

3. أما إذا كانت هذه الزيادة متصلة لكنها من صنعة الآدميين؛ كإحداث البناء أوالغراس في الأرض المشتراة، فهنا إذا اختار البائع فسخ البيع واسترداد الأرض، فهنا إما أن يتفق الغرماء فيما بينهم على تفريغ الأرض من البناء والغراس، ومن ثم يتم تسوية الحفر وغرامة أرش النقص من مال المفلس ثم يستردها البائع، وإما أن يمتنعوا من القلع فلا يجبروا على ذلك، وهنا يخير البائع بين أن يأخذ الأرض بما أحدث فيه من الزيادة بشرط أن يدفع قيمة هذه الزيادة من البناء أوالغراس ونحوها لغرماء المشتري، وله أن يقلع ويضمن أرش النقص، والأظهر أنه ليس له أن يرجع فيها، ويبقى الغراس والبناء فيها للمفلس لنقص قيمة البناء والغراس لعدم المقر، والأضعف أنه له الرجوع .

انظر التفصيلات: الشافعي، أبوعبد الله محمد بن ادريس، (ت204هــ)، الأم. ط2، بيروت: دار المعرفة، 1393هــ، ج3/ص199. الغمراوي، السراج الوهاج، 1/ص228. الشيرازي، المهذب: ج1/ص325

(1) النووي، روضة الطالبين، ج3/ص152

(2) الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ص320. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص158

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص159

(4) * تنبيه: لم أذكر أدلة الفريق الأول- الحنفية مع المالكية والحنابلة- وذلك لأنهم وإن كانوا يشتركون في القول بكون البائع أسوة للغرماء بعد موت المشتري مفلسا، إلا إنهم يختلفون فيما بينهم في الحكم بالنسبة لحالة إفلاس المشتري مع بقائه حيا، ومن ثم فإن الأدلة التي يستدل بها المالكية والحنابلة بالنسبة لحالة موت المشتري مفلسا، هي ذاتها التي يستدلون بها على حكم بقائه حيا، وهو ما يخالف رأي الحنفية الذين يذهبون إلى التسوية في الحكم في كلتا الحالتين. من هنا فلم أجد بُدّا من هذا الفصل في الأدلة. كما إنني لم أفصل رأيهم ابتداء لأن مسألة البحث تتعلق بأثر الموت المتفق عليه بين فقهاء هذا الفريق، بغض النظر عن اتفاقهم أو اختلافهم فيما يتعلق بحالة بقاء المفلس حيا.

(5) الحصكفي، الدر المختار، ج4/ص564. ولم أعثر في كتب الحديث المختلفة على تخريج له.

2-كما استدلوا برواية صدقة بن خالد عن عمر بن قيس سندل عن ابن أبي مليكة عن أبي هريرة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم: [من باع بيعا فوجده وقد أفلس الرجل، فهو ماله بين غرمائه].

وجه الاستدلال: هذا الحديث نص في كون البائع أسوة الغرماء في مال المشتري، وإن وجد سلعته بعينها عنده، وهو لم يفرق في هذا الحكم بين كون المشتري حيا أو ميتا. وقد علق الكاساني على هذا النص بأنه عين مذهب الحنفية.

- **مناقشة الدليلين السابقين:**- علق ابن حزم على استدلال الحنفية بأنه استدلال بخبرين موضوعين؛ فالأول ذكره ابن حزم من رواية أبي عصمة نوح بن أبي مريم قاضي مرو، عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، عن أبي هريرة قال: [إذا أفلس الرجل ووجد رجل متاعه فهو بين غرمائه]. وأبو عصمة كذاب مشهور بوضع الحديث على رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم. والثاني؛ وهو الحديث المتقدم الذي رواه صدقة بن خالد، وفي إسناده عمر بن قيس: وهو ضعيف جدا [(1)].

3- كما استدل محمد بن الحسن بما رواه قتادة عن خلاس بن عمرو[(2)] عن علي قال في حالة الموت:- [هو فيها أسوة الغرماء إذا وجدها بعينها].

- وجه الاستدلال بهذا الأثر عن علي:- يدل قول علي هذا على أن البائع يكون أسوة لغرماء المشتري، وذلك في حالة أن المشتري كان قد قبض السلعة قبل موته؛ بدليل قوله عن البائع: (إذا وجدها بعينها)؛ وهذا مفهم بأنه كان قد أقبضها للمشتري. فإذا لم يكن قد قبضها، فالبائع أحق بسلعته يحبسها عنده حتى يستوفي ثمنها؛ سواء أكان ذلك حال حياة المشتري أو بعد مماته[(3)].ثم أضاف الشيباني بأن عليا بن أبي طالب ــ كرم الله وجهه ــ أعلم بحديث رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ ممن يروي عنه الآخرون من حديث أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة، فعلي أوثق في حديثه من أبي هريرة -رضي الله عنهما[(4)].

- **مناقشة الاستدلال:**- رد ابن عبد البر على الأثر الذي استدل به محمد بن الحسن على ما ذهب إليه، بأن أحاديث خلاس عن علي يضعفونها، وبأنه لم يعثر لأهل الكوفة سلفا في هذه المسألة إلا هذا الأثر عن علي، إضافة إلى ما رواه الثوري عن مغيرة عن ابراهيم قال: هو

---

(1) ابن حزم، المحلى، ج8/ص178

(2) هوخلاس بن عمرو الهجيري البصري؛ سمع عمار وعائشة، كان يحيى بن سعيد يتوقى أن يحدث عن خلاس بن عمرو عن علي خاصة، وقعت عنده صحف – تحريف-عن علي، وهوليس بقوي(الجرح والتعديل، ج3/ ص402. الضعفاء الكبير، ج2/ ص28. لسان الميزان، ج7/ ص210)

(3) الشيباني، أبوعبد الله محمد بن الحسن، (ت189هــ)، الحجة، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري. ط3، بيروت: عالم الكتب،1403هــ، ج2/ص715

(4) الشيباني، المصدر نفسه، ج2/717،716

والغرماء فيه شرع سواء. ثم عقب على هذا القول الأخير بأنه إنما كان الواجب على ابراهيم النخعي الرجوع إلى ما عليه الجماعة، فكيف بأن يُقَلَّدَ برأيه هنا ويُتَّبَعَ[1]!.

ب- أدلة المالكية والحنابلة:

1- استدلوا بما رواه مالك بن أنس عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء][2].

وجه الاستدلال:- هذا الحديث نص صريح الدلالة على أن البائع يكون أسوة لغرماء المتوفى؛ سواء أعلم بفلس المدين قبل موته فحجر عليه ثم مات، أم إنه مات فتبين فلسه، وليس للبائع ولا لأحد سواه من غرماء المشتري المتوفى أن يسترد عين ماله[3].

وهذا الحديث نص عند القائلين به على التفرقة في الحكم بين موت المشتري قبل نقد الثمن ولم يخلف وفاء، وبين إفلاسه قبل نقد الثمن مع بقائه حيا، إذ إنهم يقولون بأحقية البائع باسترجاع سلعته بعينها في حال حياة المشتري مفلسا قبل نقد الثمن. بينما إذا توفي المشتري مفلسا قبل نقد

---

(1) ابن عبد البر، أبوعمر يوسف بن عبد الله النمري،(ت463هـ)، التمهيد، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري.المغرب: وزارة عموم الأوقاف، 1387هـ، ج8/ص412. الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ مالك، ج3/ ص418

(2) أخرجه:مالك في الموطأ: كتاب البيوع: باب ما جاء في إفلاس الغريم، ج2/ص678، رقم الحديث:35343. وأخرجه أبوداود في سننه: ج3/ص286، رقم الحديث: 18098.

كما أخرجه أبوداود في سننه ج3/ص287، رقم الحديث: 18100 مسندا من حديث: اسماعيل بن عياش عن الزبيدي، قال أبوداود: وهومحمد بن الوليد أبوالهذيل الحمصي عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يقبض من ثمنها شيء فهي له، فإن كان قضاه من ثمنها شيئا فما بقي فهو أسوة الغرماء. وأيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أولم يقتض فهو أسوة الغرماء. وقال أبوداود: حديث مالك أصح – يعني الحديث الذي رواه منقطعا عن أبي بكر بن عبد الرحمن ولم يذكر فيه [عن أبي هريرة].

وأخرج البيهقي في سننه الكبرى: باب: المشتري يموت مفلسا بالثمن: ج6/ص46،47، رقم الحديث: 11038 نحوه، وفيه زاد الروذباري في روايته: [وأيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئا أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء]. وقال البيهقي بأن هذا الحديث برواية اسماعيل بن عياش عن الزبيدي عن الزهري عن أبي بكر موصولا لا يصح.

كما أخرجه الدارقطني في سننه: ج3/ص29، رقم الحديث: 109 ؛ قال الدارقطني بأن في هذا الحديث اسماعيل بن عياش وهو: مضطرب الحديث، كما أنه لا يثبت هذا الحديث عن الزهري مسندا، وإنما هومرسل.

– جاء في تنوير الحوالك أن هذا الحديث: عن ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث قد جاء موصولا عن أبي هريرة عن النبي –صلى الله عليه وسلم– فقط من طريق عبد الرزاق (السيوطي، أبوالفضل عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت911هـ)، تنوير الحوالك شرح الموطأ،مصر: المكتبة التجارية، 2389هـ ــ 1969م، ص83).

وورد في ضعفاء العقيلي:(حدثنا محمد بن عثمان بن أبي شيبة قال: سمعت يحيى بن معين ذُكِرَ عنده اسماعيل بن عياش فقال: كان ثقة فيما روى عن أصحابه أهل الشام، وما روى عن غيرهم يخلط فيه):ضعفاء العقيلي: ج1/ص89). كما ذكر صاحب التمهيد بأن اسماعيل بن عياش فيما روى عن أهل المدينة ليس بالقوي(التمهيد:ج8/ص407)

(3) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص217

الثمن، سقط حق البائع في ذلك وصار أسوة لسائر غرماء المشتري، ولا يحق له استرداد عين سلعته[1].

- مناقشة الدليل:-

رد الشافعي الاستدلال بحديث ابن شهاب من ثلاثة وجوه[2]:-

أولا:- لأن حديث ابن شهاب المذكور حديث منقطع، والحديث المنقطع لا يثبته أهل الحديث ولا يحتجون به.

ثانيا:- قد وجد حديث يخالفه؛ وهو حديث موصول جمع فيه النبي -صلى الله عليه وسلم- بين الموت والإفلاس حال الحياة- ويعني به حديث ابن أبي ذئب(حديث ابن خلدة) الذي استدل به الشافعي على رأيه[3]، فيكون الأخذ بالحديث المتصل أولى من الأخذ بحديث ابن شهاب.

ثالثا:- كما إن أبا بكر بن عبد الرحمن يروي عن أبي هريرة حديثا (متصلا)، وهو ما أخرجه البيهقي بسنده أنبأ الشافعي أنبأ مالك بن أنس عن يحيى بن سعيد عن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به][4]. وليس في هذا الحديث المتصل ما رواه ابن شهاب عن أبي بكر في الحديث المرسل- إن كان رواه كله، ويستنكر الشافعي عَنْ مَنْ رواه، ويقول بأنه لعله روى أول الحديث وقال برأيه في آخره، فيكون آخر الحديث (فهو أحق به). ويقصد الشافعي بذلك أنه أشبه أن يكون ما زاد على ذلك هو من قول أبي بكر لا رواية؛ وهو حديثه عن موت المشتري، وقد نقل الشوكاني جَزْمَ ابن العربي بأن الزيادة التي جاءت في الحديث المرسل الذي يرويه مالك هي من قول الراوي[5].

كما رد الحنفية على الاستدلال بهذا الحديث بأنه حديث منقطع لا تقوم به حجة، ولو كان رد المالكية والحنابلة على ذلك بأنهم إنما استدلوا به ليبين ما أشكل في الحديث المتصل؛ ويقصد به الإشكال الذي أوجده الحنفية عندما تأولوا الحديث المتصل عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال:- [أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به]؛ حيث تأوله الحنفية بأنه في الأمانات

---

(1) البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص426. ابن مفلح، أبواسحاق ابراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي،(ت884هــ)، المبدع. بيروت:المكتب الاسلامي، 1400هــ، ج4/ص314. ابن عبد البر، التمهيد، ج8/ص415

(2) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج6/ص46، 47، باب المشتري يموت مفلسا بالثمن، أرقام الأحاديث: 11036، 11037، 11038

(1) سيأتي ذكره خلال عرض أدلة الشافعية لاحقا، انظر: ص87 من هذه الرسالة.

(4) أخرجه البيهقي في سننه: ج6/ص44، رقم الحديث: 11022. وأخرجه الشافعي في مسنده، ج1/ص329، رقم الحديث: 1525، كتاب التفليس.

(5) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت1255هــ)، نيل الأوطار. بيروت: دار الجيل، 1973م، ج 5/ص365

والغصوب ونحوها مما لا تزول ملكيتها بوجودها بغير يد صاحبها، فرد المالكية والحنابلة على هذا التأويل بأن المراد بهذا الحديث الباعة والمشترين لا غير، وأوردوا الحديث بألفاظ أخر تدل على البيع، وكان هذا الحديث المنقطع هو الدال على مرادهم فأوردوه لهذه الغاية.

ومن ثم فقد رد الطحاوي على ذلك بأنه كان ينبغي عليهم لما اضطرب حديث أبي بكر بن عبد الرحمن؛ إذ رواه عنه الزهري مرسلا، ورواه عنه عمر بن عبد العزيز متصلا لكن على نحو مكن الحنفية من تأويله، كان ينبغي عليهم أن يعودوا إلى حديث غيره؛ وهو الحديث الذي رواه بشير بن نهيك عن أبي هريرة أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [إذا أفلس الرجل فوجد غريمه متاعه عند المفلس بعينه فهو أحق به] [1] .

وأخرج الطحاوي بسنده عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة عن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ مثل حديث عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن عنه عليه السلام، ومن ثم فيجعلون هذا الحديث هو أصل حديث أبي هريرة، ويسقطون ما خالفه، وإذا فعلوا ذلك عادت الحجة الأولى عليهم؛ لأن الحديث الذي يرويه بشير بن نهيك يمكن تأويله كذلك عند الحنفية لعدم تصريحه بلفظ البيع، وإن لم يفعلوا ذلك رد عليهم بأن حديث ابن شهاب عن أبي بكر بن عبد الرحمن –والذي فرق فيه بين حكم الفلس والموت هو غير حديث عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر، فيكون حديث ابن شهاب منقطعا شاذا لا يحتج به، ويكون حديث عمر بن عبد العزيز على ما تأوله الحنفية[2].

كما رد محمد بن الحسن من الحنفية على هذه التفرقة بين الموت والفلس بأنها لا وجه لها؛ لأن الإفلاس حال حياة المشتري ليس أشد من موت الرجل ولم يترك مالا يفي بديونه، فإذا أعطي الحق للبائع باسترداد سلعته في حياة المشتري المفلس إن وجدها بعينها، فينبغي أن يعطى ذلك الحق كذلك بعد موت المشتري ولم يترك مالا من باب أولى؛ لأنه ليس من صورة أشد من صور توى المال من أن يموت الإنسان ولا يترك شيئا يفي بديونه.

ثم إذا كان المشتري قد قبض المبيع، فكيف يكون البائع أحق بسلعته من باقي الغرماء في حياة المشتري، ويكون أسوة للغرماء بعد موته[3] ؟!

ويفترض محمد بن الحسن أن يكون الرد عليه بالاحتجاج بحديث أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة. فيجيب بأن الحنفية كذلك يقولون بأحقية البائع بمتاعه لكن إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع، وسواء أكان المشتري حيا أم ميتا[4].

2- كما استدلوا بكون هذا المبيع قد تعلق به حق لغير المفلس والغرماء، ألا وهو حق الورثة، فأشبه المرهون، فلا يجوز للبائع أن يستفرد بحقه فيه دون غيره من أرباب الحقوق[5].

---

(1) أخرجه الإمام أحمد في مسنده: ج2/ص385، رقم الحديث: 8983. قال الشيخ شعيب الأرناؤوط:- هذا الحديث إسناده صحيح على شرط مسلم؛ رجاله ثقات –وهم رجال الشيخين غير حماد بن سلمة، حيث إنه من رجال مسلم دون البخاري.

(2) الطحاوي، شرح معاني الآثار: ج4/ص164، 165، 166

(3) الشيباني، الحجة، ج2/ ص717، 718

(4) الشيباني، الحجة، ج2/ ص716، 717

(4) ابن قدامة، المغني، ج4/ ص293

3- وأيضا لأن ملك هذا المبيع قد انتقل بموت المشتري عنه إلى ورثته، وهذا يشبه ما لو باعه لمشتر آخر، إذ لا يعود البائع الأول على المشتري الثاني بسلعته؛ بل يصبح أسوة لغرماء المشتري الأول (وهو البائع الثاني)[1].

- **مناقشة الدليلين الثاني والثالث:**- إن ملك الورثة لهذا المبيع إنما هو خلف لملك المورث، والمورث لم يكن من حقه منع البائع من استرداد سلعته حال حياته، إذا كان ذلك المشتري مفلسا ولم يؤد ثمن المبيع ولا جزءا منه، وهكذا فكيف يكون للورثة أن يمنعوا البائع من حقه في استرداد المبيع إذا لم يؤد مورثهم حقها، ومات مفلسا أيضا؟! وإنما يرث الوارث ما كان للميت أو أقل منه، فكيف يعطى الورثة هنا أكثر من حق مورثهم[2] ؟!

4- استدل المالكية على التفرقة بين حكم الفلس والموت من جهة النظر؛ وذلك أن هنالك فرقا بين ذمة المفلس الحي وذمة المفلس الميت؛ فذمة المفلس الحي باقية بحيث يمكن أن يتحسن وضعه المالي، فيتبعه غرماؤه بما بقي عليه من دينهم، فلا يكون حقهم متعلقا بسلعة البائع؛ إذ لا ضرر على بقية الغرماء لبقاء ذمة المدين، وذلك غير متصور في الموت؛ حيث إن ذمة المدين قد خربت بموته، ومن ثم فلا مجال لأن تسدد ديون غرمائه إلا بما تركه من أموال، ومن ضمنها سلعة البائع التي اشتراها منه وقبضها، فيتعلق حقهم بها كذلك، وإلا تضرر بقية الغرماء[3].

- **مناقشة الدليل:**- رد الشافعي على هذا الاستدلال من جهة النظر؛ بأنه لو جاز أن يفرق بين الحياة والموت في هذه المسألة، لكان الميت هو الأولى في أن يسترد البائع المبيع منه؛ لكونه ميتا فلا مجال للإفادة منه أبدا في أن يعمل ويكسب المال فيسده منه، بخلاف الحي المفلس؛ إذ قد يكسب المال فيقضي دينه منه، وهكذا فقد قوى هذا الفريق الأضعف وضعفوا الأقوى[4].

ثالثا:- أدلة الشافعية:

1- استدل الشافعية بما رواه البيهقي بسنده عن ابن أبي ذئب حدثني أبو المعتمر عن عمر بن خلدة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أصيب يعني أفلس، فأصاب رجل متاعا بعينه، قال أبو هريرة: هذا الذي قضى فيه رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ أن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به، إلا أن يدع الرجل وفاء[5].

---

(1) البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص426. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ص379
(2) الأم، الشافعي، ج3/ ص215
(1) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص217. الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج3/ ص418. ابن قدامة، المغني، ج4/ص293
(2) الشافعي، الأم، ج3/ ص215
(3) أخرجه البيهقي في سننه: ج6/ص46، رقم الحديث: 11036-باب: المشتري يموت مفلسا بالثمن . والحكم على الحديث: قال عنه الشافعي بأنه حديث متصل، والأخذ به أولى من الأخذ بحديث ابن شهاب المنقطع الذي سبق تخريجه. وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ج2/ص58، رقم الحديث: 2314، وعلق عليه بقوله:- هذا حديث عال صحيح الإسناد، ولم يخرجاه بهذا اللفظ.

وجه الاستدلال: ينص هذا الحديث الذي يجمع فيه النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ بين الموت والإفلاس، ينص على أن من مات ولم يخلف وفاء، فإن صاحب الحق يكون أولى بمتاعه إذا وجده عنده بعينه [1].

وقد نقل الشوكاني في نيل الأوطار ما جاء في الفتح من القول بأنه يتعين المصير إلى هذه الرواية عن أبي هريرة ــ يقصد الرواية التي تسوي في الحكم بين الموت والفلس ــ لأنها زيادة مقبولة من ثقة؛ والزيادة هي قوله (أو مات)[2].

– **مناقشة الدليل:**– بالنسبة لسند الحديث فهو كما قال عنه الشافعي متصل، إلا إن فيه أبا المعتمر، قال عنه أبو داود والطحاوي وابن المنذر بأنه مجهول، ولم يذكر ابن أبي حاتم له إلا راويا واحدا وهو ابن أبي ذئب[3].

– **الرد على المناقشة:**–جاء في عون المعبود نقلا عن المنذري أن ابن أبي حاتم ذكر أن اسمه أبو المعتمر بن عمرو بن رافع، روى عن أبي خلدة، وعن عبيد الله بن علي عن أبي رافع. وروى عنه ابن أبي ذئب كما سمع أباه يقول ذلك، وذكر أيضا أنه روى عنه الصلت بن بهرام[4]. كما أن ابن حبان ذكره في الثقات[5].

وبالنسبة لما وقع في آخر حديث أبي المعتمر الذي أخرجه أبو داود من قول أبي داود:– من يأخذ بهذا، أبو المعتمر من هوــ أي لا نعرفه، فقد بين صاحب عون المعبود أن هذه العبارة لأبي داود لم توجد في أكثر النسخ[6].

2– كما استدلوا بما رواه الشيخان بسنديهما عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن عمر بن عبد العزيز أخبره أن أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أخبره أنه سمع أبا هريرة يقول: قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم، أو سمعت رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ يقول: [من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره][7].

وجاء الحديث بلفظ: [أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به][8].

– وجه الاستدلال: استدل الشافعية بعموم هذه الأحاديث على أن للبائع نقض البيع مع المشتري المفلس واسترداد المبيع، وذلك إذا وجد سلعته قائمة بعينها، وهذا بالطبع راجع لإرادة البائع نفسه؛ فإن لم يشأ فسخ البيع، صار أسوة لباقي غرماء المشتري بإرادته أيضا. وهذا الفسخ لا يحتاج إلى حكم حاكم، بل يفسخ البائع عقد البيع بنفسه على الأصح[9].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأحاديث وإن كانت لا تصرح بذكر الموت ــ موت المشتري مفلسا، ولكن في حقيقة الأمر فإن الشافعي لم يقتصر في استدلاله على أثر موت المشتري مفلسا

---

(1) البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ج6/ص46
(2) الشوكاني، نيل الأوطار: ج 5/ص365
(3) ابن حجر، تلخيص الحبير: ج39/3. الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء: ج3/ص339
(4) الآبادي، أبوالطيب محمد شمس الحق العظيم، عون المعبود.ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م، ج9/ ص317، 318
(5) ابن حجر، تلخيص الحبير، ج39/3. الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج3/ ص339
(6) الآبادي، عون المعبود، ج9/ ص317
(7) رواه البخاري ومسلم: انظر: البخاري في صحيحه: ج2/ص846، رقم الحديث: 2272. ومسلم في صحيحه: ج3/ص1193، رقم الحديث: 11010
(8) أخرجه أبوداود في سننه: ج3/ص286، رقم الحديث: 3519
(9) الشافعي، الأم: ج3/ ص199. الشربيني، مغني المحتاج: ج2/ ص158

قبل نقد الثمن بهذه الأحاديث، وإنما ذكرها مع حديث آخر ــ وهو حديث ابن أبي ذئب الذي تقدم ذكره، ومن ثم فقد أشار إلى أن ما في حديث ابن أبي ذئب هو ذاته المذكور في بقية الأحاديث من جملة التفليس، ويتبين أن ذلك سواء في الموت والحياة؛ لما جاء به حديث ابن أبي ذئب من الجمع بين الفلس والموت[1].

مناقشة الدليل:- تأول الحنفية هذا الحديث لكونه خبر واحد خالف الأصول؛ والمقصود بمخالفته الأصول هو أن الأصل أن البيع يثبت للمشتري ملكية المبيع، ويصير هذا المبيع في ضمانه، فإذا حكم باستحقاق البائع أخذ ذلك المبيع من المشتري بسبب فلسه أو موته مفلسا، فيكون بهذا الحكم نقض لملكية المشتري لذلك المبيع، وهو خلاف الأصل[2]. ومن هنا فقد تأول الحنفية هذا الحديث على أنه في الودائع والغصوب والعواري والرهون وأموال المطالبين وقت المطالبة بها، إذ إن هذه الأمور هي عين مال الرجل المذكور في الحديث: (من أدرك عين ماله)، وليس فيه دلالة على موضع الخلاف وهو: السلعة المبيعة؛ لأن المبيع هو مال المشتري وليس مال البائع بموجب عقد البيع، وإنما يكون للمستدلين بهذا الحديث الحجة لو كان الحديث: فأصاب رجل عين مال قد كان له، فباعه من الذي وجده في يده، ولم يقبض منه ثمنه فهو أحق به من سائر الغرماء. ولما لم يكن الحديث بهذه الصيغة فلا حجة لهم فيه، وإنما يحتج به على الأمور التي تأول الحنفية ورود الحديث فيها، ونظيره حديث سمرة بن جندب أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [من سرق له متاع أو ضاع له متاع ووجده في يدي رجل بعينه فهو أحق به، ويرجع المشتري على البائع بالثمن]، وعلمهم بهذا الحديث كعلمهم بحديث سمرة[3].

- **الرد على المناقشة:**- أنكر العلماء على الحنفية تأويلهم لهذا الحديث:

فقد بين ابن رشد بأنهم إنما ردوا خبر الواحد هنا لمخالفته للأصول المتواترة؛ وهذا أصل عندهم؛ وتعليله بأن خبر الواحد مظنون، بينما الأصول المتواترة قطعية يقينية؛ ولذلك يرد خبر الواحد إذا خالف أصلا من الأصول المتواترة؛ ويحتجون لهذا الأصل عندهم بقول عمر في حديث فاطمة بنت قيس: [ما كنا لندع كتاب الله ولا سنة نبينا لحديث امرأة]، فحديث المرأة هنا يمثل خبر الواحد،وما جاء في كتاب الله وسنة نبينا محمد ــ صلى الله عليه وسلم ــ هو الأصول المتواترة [4].

وجاء في نيل الأوطار بأنه تعقب هذا التأويل للحنفية بأنه لو كان كما قالوا لما قيد بالإفلاس؛ إذ إن الشخص يكون أحق بمتاعه في كل حال، ولما جعل صاحب المتاع أحق بها باستخدام صيغة (أفعل) لما تقتضيه هذه الصيغة من الاشتراك؛ إذ تفيد اشتراك صاحب السلعة وغيره في السلعة، وهذا غير مقصود بحسب تأويل الحنفية [5].

كما بين ابن عبد البر أن هذا الحديث صحيح عند أهل النقل، كما أجمع فقهاء الحجاز وأهل الأثر على القول بجملته وإن كان بينهم خلاف في بعض فروعه – مثل أن الشافعية يقولون به في حال حياة المفلس وموته كذلك، بينما المالكية والحنابلة يقصرون حكمه على حال حياة المفلس دون

---

(1) الشافعي، الأم: ج3/ ص199
(2) ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 5/ص65، رقم الحديث: 2272
(3) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج4/ص164، 165
(2) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص216
(5) الشوكاني، نيل الأوطار، ج 5/ص364

موته، وقد أفتى به فقهاء المدينة وفقهاء البصرة وجماعة أهل الحديث، ومن ثم استنكر ابن عبد البر بشدة على أهل العراق –أبو حنيفة وأصحابه وسائر الكوفيين – ردهم لهذا الحديث، وهو يعد عليهم من السنن التي ردوها بغير سنة وصلت إليهم، وهم بذلك عملوا بالرأي حيث لا يجوز لهم ذلك؛ لأنه لا مدخل للنظر مع صحيح الأثر.

ثم إنه قد ورد في أحاديث هذا الباب التصريح بلفظ البيع: [من باع متاعا فأفلس المبتاع]، فكيف يؤول هذا اللفظ الصريح في البيع على أنه في الودائع أو في شيء من الأمانات ؟!!

كما إن السنة الصحيحة هي أصل في نفسها، فلا يقال إنها مخالفة للأصول، ولا ترد إلى غيرها من الأصول؛ لأن الأصل لا ينقاس بغيره، وإنما يقاس عليه الفروع ردا على أصولها. ومن ثم فإنه لا يترك العمل بها إلا لما هو أنهض منها، ولم يرد ما هو كذلك في هذه المسألة، ومع التسليم بورود ما يدل على أن المبيع يصبح ملكا للمشتري بموجب عقد البيع، إلا إن ما ورد من أحاديث في هذه المسألة أخص مطلقا، فيبنى العام على الخاص [1].

بالإضافة إلى أن تأويل الحديث على النحو الذي ذهب إليه الحنفية يجعل هذا الحديث فضلا من الكلام، لأن من المقطوع به عقلا وشرعا كون الشخص أحق بماله الذي وضعه أمانة عند غيره أو أعاره لغيره ونحو ذلك، فإذا جاء هذا الحديث ليبين هذا المعنى المعروف لدى العامة فضلا عن الخاصة، فإنما يكون كلاما زائدا لا مسوغ له، والرسول–عليه أفضل الصلاة والسلام– منزه كل التنزيه عن الحديث بما لا فائدة منه [2].

رد الحنفية على هذه المناقشة:– إن تأويل الحديث على هذا المعنى لا يجعله فضلا من الكلام لا فائدة فيه، بل إنه يفيد بأن الشخص إذا أفلس، وزع كل ما في يده من الأموال على الغرماء، إلا ما ظهر له مالك معين كأن يكون هذا المال وديعة أو عارية ونحوها، فيكون صاحبها أحق بها من سائر الغرماء، ولا تزول ملكيته عنها ببقائها في يد غير صاحبها كأمانة أو غصب ونحو ذلك [3].

3–وأما استدلالهم بالمعقول: فعقد البيع قد يلحقه الفسخ في أحوال معينة، منها: في حالة اتفاق المتبايعين على الإقالة، كما أنه يجوز فسخه فيما لو تعذر أحد العوضين كما لو تعذر المسلم فيه، كما أن للمستشفع أخذ الشفعة مع كون الشراء صحيحا؛ سواء أكان أخذه من المشتري نفسه أم من ورثته، والفلس كذلك سبب لاستحقاق الفسخ في حياة المدين، فيجوز أن يفسخ العقد به بعد موت المشتري أيضا؛ كالعيب القديم في المبيع؛ إذ ترد به السلعة ويفسخ به عقد البيع حتى لو مات البائع [4].

مناقشة الدليل:– إن موجب عقد البيع المطلق هو التزام الثمن دينا في الذمة ابتداء، ويشترط لذلك وجود ذمة صالحة للالتزام فيها، وذلك يتم بنفس العقد، فلا يضر فوات هذا الشرط بعد ذلك، فإذا مات المشتري مفلسا قبل دفع الثمن، فلا يتمكن الخلل فيما هو موجب العقد بسبب

---

(1) ابن عبد البر، التمهيد، ج 8/ص411، 412. الشوكاني، نيل الأوطار: ج5/ص364

(2) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج4/ص165. الزيلعي، تبيين الحقائق: ج5/ص202. الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج3/ص398

(3) الطحاوي، شرح معاني الآثار: ج4/ص165. الزيلعي، تبيين الحقائق:ج5/ص202. الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج3/ص398

(4) الشافعي، الأم، ج3/ ص215. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص65. ابن قدامة، المغني: ج4/ص293

العجز عن تسليم الثمن، ولا يحق للبائع فسخ العقد وإن لم تبق صلاحية المحل–ذمة المشتري– بعد موته مفلسا. ويكون فوات موجب العقد بعد ذلك بمنزلة هلاك المبيع بعد قبضه، وهو لا يوجب انفساخ العقد، كما لا يثبت للمشتري حق فسخ العقد بسببه،فكذا لو مات المشتري مفلسا[1].

وبالمقابل فإن موجب البيع في المبيع استحقاق ملك العين واليد، وكذلك في المبيع إذا كان دينا، فإنه تشترط قدرة البائع على تسليمه باكتسابه حكما؛ وذلك بأن يكون موجودا في العالم، وباشتراط الأجل المؤثر في قدرة البائع على التسليم باكتسابه في المدة. ومن ثم فإنه بالعجز عن تسليم المعقود عليه(المبيع)، يتمكن الخلل فيما هو موجب العقد، ويثبت حق فسخ العقد للمشتري.

والدليل على هاتين الصورتين المتقابلتين للعوضين في عقد البيع المطلق هو أنه يجوز إسقاط حق قبض الثمن بالإبراء أصلا، في حين لا يجوز إسقاط حق قبض المبيع المعين قبل القبض؛ فإذا وهب المشتري المبيع للبائع قبل قبضه منه، كان ذلك فسخا للبيع بينهما[2].

4–ومن طريق النظر كذلك؛ يستدل للشافعي بقياس الشبه؛ حيث يشبه هذا المبيع بمال المفلس، بجامع أن كلا منهما لا تصرف فيه لمالكه إلا بعد أداء ما عليه من ديون للآخرين، ومن ثم فلا تتعلق ديون غرماء المفلس الميت بهذا المبيع، ويكون ذلك البائع أحق باسترداد سلعته [3].

5–وأما استدلالهم على عدم إجابة الورثة إذا طلبوا استخلاص المبيع لأنفسهم مقابل تقديم البائع لاستيفاء دينه من التركة؛ وذلك لما في التقديم من المنة، ومن ثم فقد يظهر غريم آخر ولا يرضى بتقديم ذلك البائع بالثمن من تركة المفلس؛ لكونه سيتأثر نصيبه كما سيتأثر نصيب كافة الغرماء بتقديم الوفاء بدين البائع على حقوق الباقين. فقد لا يرضى جميع الغرماء بهذا الأمر، وإن كان بالنسبة لبعضهم مصلحة في بقاء السلعة المبيعة وعدم فسخ البيع [4].

<u>المناقشة والترجيح:–</u>

إن المتتبع المنصف لجميع الأدلة السابقة يرى قوة أدلة الشافعية مقارنة مع غيرها من الأدلة، حيث إن الحنفية استدلوا بأثر عن علي وهو ضعيف كما رد عليه ابن عبد البر، كما أن الخبرين المستدل بهما عند بعض متقدمي الحنفية موضوعان، فلا يلتفت إليهما. ومن ثم فقد استدلوا بطريق النظر ــ وهو مما يؤخذ عليهم كما نوقشوا في ذلك ــ لأنهم تركوا الاستدلال بالأثر عن النبي عليه السلام– خبر الواحد، واتجهوا إلى الاستدلال بالنظر، وإنه ينبغي عدم إعمال النظر مع ورود النص.

وأما بالنسبة للحديث الذي استدل به المالكية والحنابلة على التفرقة بين الموت والحياة بالنسبة للمفلس، فإنني أوافق الشافعي في رأيه الذي رد به عليهم، وقد وجدت في شرح معاني

---

(4) السرخسي، أصول السرخسي، ج2/ص282
(5) السرخسي، أصول السرخسي، ج2/ص282،281
(1) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ص217
(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص159

الآثار للطحاوي ما يدعم هذا الشك لدى الشافعي في كون آخر هذا الحديث قد تكون زيادة من قول أبي بكر؛ حيث ذكر حديث ابن شهاب بسنده قال:- أخبرني أبو بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقض صاحبها من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء. قال أبو بكر: فقضى رسول الله -صلى الله عليه وسلم -أن من توفي وعنده سلعة رجل بعينها ولم يقبض من ثمنها شيئا، فصاحب السلعة أسوة الغرماء(1).

ففي بداية الحديث ذكر أبو بكر أنه ــ عليه السلام ــ قضى بالنسبة للمفلس ولم يذكر إذا مات، ثم ذكر قول أبي بكر بأنه ــ عليه السلام ــ قضى فيمن توفى وعنده سلعة ...، فلو كان الحديث كاملا عنه عليه السلام، لم يفصل بقول أبي بكر.

كما إنه قد جاء في شرح معاني الآثار أيضا حديث متصل عن عمر بن عبد العزيز عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: [أيما رجل أفلس فأدرك رجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره](2). فلم يذكر في هذا الحديث موت المشتري.

وأما ما استدل به الشافعي فهو دليل متصل عن أبي هريرة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم، وهو عال الإسناد كما أخبر عنه الحاكم، وقد ذكرنا الرد على مناقشته من قبل العلماء، وبأن أبا المعتمر رجل معروف كما ذكر عنه غير واحد، وأعتقد أن قول من أنكر معرفته لا ينهض أمام من عرفه، لأن القاعدة تقول: من يعرف حجة على من لا يعرف، فكذلك هنا.

وجاء في نيل الأوطار أن الشافعي جمع بين الحديثين المرسل الذي استدل به المالكية والحنابلة، والمتصل الذي فيه التسوية بين حكمي الموت والفلس، بأن حمل مرسل أبي بكر على ما إذا مات المشتري مليئا، فعندئذ يكون البائع أسوة الغرماء ولا يحق له فسخ البيع والرجوع بسلعته، وحمل حديث أبي هريرة المتصل على ما إذا مات المشتري مفلسا، فعندئذ يكون أحق بسلعته إذا وجدها من سائر غرماء المشتري وورثته(3).

أيضا فإن رأي الشافعية هو الذي يتوافق مع اتفاق الفقهاء من المذاهب الأربعة على تقديم الوفاء بالحقوق المتعلقة بعين معينة على الحقوق(الديون) المرسلة، مع كون هذا الاتفاق لم يحدد فيه كون البائع مليئا أو مفلسا. في حين إن رأي بقية المذاهب القائل بجعل البائع في هذه الحالة أسوة للغرماء، يناقض الاتفاق السابق؛ لكونه لا يعطي البائع أحقية الوفاء بدينه المتعلق بالعين المبيعة الباقية لدى المشتري.

ثم إن الأخذ بقول الشافعية هو أخذ بالأحوط؛ لأن الأصل أن يكون المشتري ملتزما بتسليم الثمن كما يكون البائع ملتزما بتسليم المبيع، فإذا ما أخل أحد الطرفين بالتزامه، وإذا ما تعذر تسليم أحد العوضين لهلاكه مثلا، فلا يقال بإلزام الطرف الآخر بالعوض؛ لأن هذا تعريض للبائع للغبن البين، هذا في حالة لم يقبض المشتري المفلس المبيع قبل موته، فكيف يطالب البائع عندئذ بتسليم

---

(1) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج4/ص165
(2) الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج4/ص164
(3) الشوكاني، نيل الأوطار، ج5/ص365

المبيع وصيرورته أسوة للغرماء في سلعته التي في يده، سواء قبض بعض ثمنها أو لم يقبض، كيف يطلب منه أن يعرض ماله للنتيجة الواضحة: وهي الهلاك بهذه الطريقة ؟! وكذلك الحال إذا كان قد سلم سلعته للمشتري وهي ما تزال باقية عنده بعينها؛ لأنه لما كان البيع بأصله مبني على المعاوضة والمساواة التي لا غبن فيها، وإن كان يتساهل فيه مع الغبن اليسير، إلا إنه ينبغي أن لا يغيب عن أذهاننا حق البائع في أخذ حقه(الثمن) كاملا في هذه المعاوضة، كما أننا ننظر إلى حق المشتري بضرورة أخذه للمبيع سالما من كل عيب ونقص. فإذا ما اختل أحد العوضين لأمر ما، فقد انتفت المساواة في البيع من أساسه، ولهذا أعطي البائع حق الفسخ واسترداد العين المبيعة.

ولو تصورنا أن المبيع هو قطعة أرض، ولم يتسلم البائع شيئا من ثمنها حتى مات المشتري مدينا للبائع ولغيره من الغرماء، فهل من المنطقي أن نُحَمِّلَ هذا البائع للأرض سداد ديون غرماء المشتري من ثمن أرضه، ونجعل البائع نفسه يحاصص الغرماء بثمنها بحجة أن الأرض قد انتقلت ملكيتها إلى المشتري؟! فأين العدالة والمنطق في هذا التصرف؟!

والذي أرجحه أن يتم فسخ عقد البيع في هذه الحالة –إذا أراد البائع ذلك– بموجب حكم من القاضي؛ وذلك رعاية لحقوق كلا الطرفين.

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد السلم

السلم هو أحد أنواع البيوع، إلا أنه استقل باسم خاص وأحكام خاصة، ولذا أفرد في البحث في كتب الفقهاء.

- **المطلب الأول:- تعريف السلم**

- **السلم لغة**:- السَّلَم بفتحتين هو السلف. ويأتي بمعنى الاستسلام أيضا [1].

- **السلم عند الفقهاء**:-

عرف الحنفية السلم بأنه: أخذ آجل بعاجل[2].

وعرفه ابن عرفة من المالكية بأنه: عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة، بغير عين ولا منفعة، غير متماثل العوضين[3].

قوله (بغير عين): قيد احترز به عن بيع الأجل(وهو شراء الدين)؛ لأن في بيع الأجل تسلم العين المعينة إلى المشتري، وبذلك تنشغل ذمته بثمنها المؤجل، أما في السلم فلا تكون ذمة المسلم إليه مشغولة بعين؛ والعين عند المالكية تعني النقود. وإنما تنشغل ذمته بالمثمن(المسلم فيه). وقد خرج شراء الدين من السلم وإن ماثل حكمه حكم السلم؛ وذلك لأنه لا يصدق عليه عرفا.

قوله(ولا منفعة): قيد احترز به عن الكراء المضمون في الذمة؛ ككراء راحلة موصوفة في ذمة المكري وليست معينة بعينها؛ فهي توجب عمارة ذمته بمنفعة تلك الراحلة، ولا يندرج تحت باب السلم.

وقوله(غير متماثل العوضين): أخرج به السلف؛ أي القرض، حيث يتماثل عوضيه[4].

وعند الشافعية: السلم هو بيع موصوف في الذمة، ويقال فيه السلف، إلا إن الفقهاء اعتمدوا على لفظ السلم أكثر؛ لأن لفظ السلف مشترك لفظي قوي بين السلم والقرض، بل إن المتبادر من السلف هو القرض. ويسمى سلما لتسليم رأس المال في المجلس، وسمي سلفا لتقديم رأس المال[5].

وعند الحنابلة:- السلم بيع معدوم خاص، ليس نفعا، إلى أجل، بثمن مقبوض في مجلس العقد[6].

---

(1) الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص131

(2) العيني، محمود بن محمد، البناية شرح الهداية، ج8/ ص327 *تنبيه: أشار العيني إلى أن التعريف الذي جاء في كتب بعض الفقهاء بأن السلم هو أخذ عاجل بآجل؛ هو تعريف محرف منسوب إلى غلط النساخ، ولم يقل به الفقهاء؛ وذلك لأنه يدخل فيه غير السلم، بمعنى أنه يدخل فيه السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل، وهذا ليس سلما. بخلاف تعريف السلم بأنه (أخذ آجل بعاجل)، حيث لا يدخل فيه بيع السلعة بثمن مؤجل، لكون السلعة هي المبيعة وهي معجلة القبض، فيكون المعنى أخذ آجل (المسلم فيه)، بعاجل(وهو رأس مال السلم المعجل).

(3) النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، (ت1125هـ)، الفواكه الدواني. بيروت: دار الفكر، 1415هـ، ج2/ص98

(4) النفراوي، الفواكه الدواني، ج 2/ ص98. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ص514

(5) النووي، أبوزكريا يحيى بن شرف، (ت676هـ)، منهاج الطالبين. بيروت: دار المعرفة، ج1/ ص52

(6) ابن مفلح، المبدع، ج4/ص177

وهكذا فإن جميع تعريفات الفقهاء تتفق مع المعنى اللغوي للسلم على أنه سلف؛ وذلك نظرا لتقديم رأس مال السلم.

- **المطلب الثاني:- أركان عقد السلم وأنواعه وشروطه**

- يتكون عقد السلم من أربعة أركان:-

1- **المُسْلِم (رب السلم)**: وهو من يلتزم بتعجيل رأس مال السلم مقابل حقه في تسلم المسلم فيه في أجله.

2- المُسْلَمُ إليه: وهو من يتسلم رأس مال السلم مقابل التزامه بتسليم المبيع في أجله.

3- المُسْلَمُ فيه: المبيع المؤجل التسليم.

4- رأس مال السلم.

- **وأما أنواع أو مجالات عقد السلم:-**

تتنوع مجالات تطبيق عقد السلم لتشمل المجال الزراعي والصناعي والتجاري؛ حيث يسهم هذا العقد في تنشيط الزراعة والصناعات والتجارات بشكل عام، بما يقدمه المسلم سواء أكان ــ فردا أم شركة أم مصرفا اسلاميا ــ من تمويل معجل للمسلم إليهم من التجار أو المزارعين أو أصحاب الحرف والصناعات المختلفة، في مقابل التزامهم بتقديم المسلم فيه الموصوف في الذمة في الوقت المتفق عليه بينهما. فضلا عن إغناء هذه القطاعات عن أخذ القروض الربوية المحرمة لتنفيذ مشاريعهم، ومن ثم يقوم المسلم بإعادة تسويق هذه السلع التي اشتراها سلما من المسلم إليهم، بما يحقق له الربح ويدعم عجلة التنمية الاقتصادية(1).

وقد أكد الفقهاء على مثل هذه المجالات في معرض البيان لحكم السلم فيها، فالباحث في كتب الفقه يرى الأمثلة الكثيرة عليها؛ منها السلم في الصناعات كاستصناع الآنية والأمتعة، والسلم في السلع في غير إبانها(أي غير وقت ظهورها كالثمار التي تنقطع من أيدي الناس في فترة من السنة كالرطب والبطيخ والقثاء وغيرها)، والسلم في المسك واللؤلؤ والجواهر وجميع متاع العطارين، والسلم في الثياب، حتى إنهم ذكروا السلم في الأسلحة كنصول السيوف والحديد ونحو ذلك(2).

وسأرجئ الحديث عن السلم في الصناعات إلى المبحث اللاحق (في عقد الاستصناع)؛ وذلك لكون عقد الاستصناع عند الجمهور- عدا الحنفية- هو ذاته عقد السلم في الصناعات، كما سنبين ذلك لاحقا ــ بإذن الله تعالى.

- **شروط عقد السلم(3):-**

1- تعجيل رأس المال.

---

(1) ارشيد، محمود عبد الكريم أحمد، (1421 ه –2001م). الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلامية. ط1، الأردن: دار النفائس ص110، 111، 112.

(2) مالك، ابن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم. بيروت:دار صادر، ج9/ص19. ابن مفلح، المبدع: ج4/ص179

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217

2- ضرب الأجل، وعند الشافعية يجوز أن يكون السلم حالا، كما يجوز أن يكون مؤجلا.
3- عدم تعيين العامل والمعمول منه.
4- عدم ثبوت خيار الرؤية عند رؤية المسلم للمسلم فيه وقت التسليم؛ لأنه لا فائدة من اشتراطه؛ لكون المسلم فيه ثابتا في الذمة إلى أن يقبضه رب السلم، فلو رد رب السلم المسلم فيه للمسلم إليه، أعطاه المسلم إليه بدله، فلا يستفيد المسلم من خيار الرؤية في فسخ العقد.

- **المطلب الثالث:- الالتزامات الناشئة عن عقد السلم**

وأما التزامات المتعاقدين في عقد السلم، فهي ذاتها التزامات المتبايعين في عقد البيع المطلق، إلا إنها يشترط فيها بعض القيود بما يتلاءم وخصوصية هذا العقد.

وتتلخص التزامات المتعاقدين في عقد السلم فيما يلي:-

1- التزام المسلِّم بتسليم رأس مال السلم معجلا إلى المسلم إليه.

وقد اختلف الفقهاء في المدة التي يعتبر فيها رأس المال معجلا؛ فذهب الجمهور[1] إلى اشتراط قبضه في المجلس قبل التفرق -والمقصود قبل تفرق المتعاقدين بالأبدان. حتى لو وكل المتعاقدان من ينوب مقامهما في القبض، فلا بد من بقاء المتعاقدين في مجلس القبض، وإن تفرقا قبل أن يقبضا بأنفسهما أو بنائبيهما بطل العقد؛ وذلك لأن التأخير هنا يؤدي إلى ابتداء دين بدين. أما المالكية[2] فقد ذهبوا إلى القول بجواز تأخير قبض رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام فما دون ولو بالشرط؛ وخصص بعضهم هذا التأخير بحالة ما إذا كان شرط قبضه في بلد آخر، ولم يكن أجل السلم أقل من ثلاثة أيام كيومين مثلا. وإنما جاز التأخير بهذين الشرطين لخفة ذلك التأخير؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه. ولأن ابتداء الدين بالدين يأتي في أخف مراتب تحريم الكالئ بالكالئ، حيث يأتي بعدها في قوة التحريم بيع الدين بالدين، ويأتي في المرتبة الأقوى في التحريم فسخ الدين بالدين[3]. فإذا ما زادت على هذه المدة زيادة غير كثيرة، ففي الحكم بفساد العقد تردد عندهم أيضا.

2-التزام المسلَّم إليه بتسليم المسلم فيه، ويكون على التأجيل إلى أجل معلوم بكيل معلوم ووزن معلوم باتفاق الفقهاء. لكن الشافعية يجوزون كذلك أن يكون السلم حالا، فإن أطلق عن التأجيل أو

---

(1) المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ص257. ابن مفلح، المبدع، ج4/ص151
(2) المواق، التاج والإكليل، ج4/ص514. الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش.بيروت: دار الفكر، ج3/ ص195
(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج9/ص19. خليل بن اسحاق بن موسى المالكي،(1415هـ). مختصر خليل،تحقيق أحمد علي حركات. بيروت:دار الفكر، ج1/ ص196. العدوي، حاشية العدوي،ج2/ ص234، 235

الحلول فإنه يحمل عندهم على الحلول كالثمن في البيع المطلق، وقيل يحمل على التأجيل نظرا للعادة في السلم، ويكون كمن ذكر أجلا مجهولا[1].

3- التزام المسلم بقبض المسلم فيه في موعد التسليم.

4- التزام المسلم إليه بضمان المسلم فيه من العيوب، وبضمان الاستحقاق.

- **المطلب الرابع:- أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عن عقد السلم**

ونتناول فيما يلي البحث في أثر الموت في التزام المتعاقدين بالتسليم والقبض لرأس مال السلم؛ وأما باقي الالتزامات فقد سبق بحثها في عقد البيع المطلق.

وينقسم البحث في هذا الالتزام إلى فرعين:-

*** الفرع الأول:- أثر موت أحد المتعاقدين قبل تسليم وقبض رأس مال السلم**

اتفق الفقهاء[2] على أن من شروط صحة السلم: وجوب تعجيل قبض رأس مال السلم أو ما في معنى القبض؛ كأن تكون لرب السلم وديعة عند المسلم إليه، فيجعلها رأس مال السلم. وإن كانوا قد اختلفوا في المدة المسموح بها لهذا القبض؛ حيث اشترط الجمهور ــ عدا المالكية[3] ــ حصول القبض في مجلس عقد السلم، بينما أجاز المالكية تأخير القبض إلى ثلاثة أيام، ومنهم من منع ذلك. وإذا ما تخلف هذا الشرط فسد العقد.

وبموت أحد المتعاقدين قبل إقباض وقبض رأس مال السلم، فقد تخلف هذا الشرط، ومن ثم فيفسد العقد بموته.

جاء عند الشافعية من شروط صحة عقد السلم:-[تسليم رأس المال – وهو الثمن –في المجلس – أي مجلس العقد قبل لزومه، فلو تفرقا قبل قبضه، أو جعلاه مؤجلا وإن سلماه في المجلس، بطل العقد][4].

وتعليل فساد العقد في هذه الحالة[5] :-

إنه لو كان رأس مال السلم نقدا، ولم يسلمه حتى تفارقا قبل القبض، لأدى إلى أن يصير العقد في معنى بيع الكالئ بالكالئ؛ وإنما كان في معناه ولم يكن منه؛ لأن هذا بيع دين مُنْشَأ؛ أي ابتداء الدين بالدين، وذلك بيع دين ثابت مقابل دين آخر.

ولو كان عينا؛ لأدى تأخير تسليم تلك العين إلى عدم انطباق اسم العقد (السلم) على ذلك التعامل؛ لأن السلم هو أخذ آجل بعاجل، وحيث لم يعجل أخذ تلك العين كرأس مال للسلم، فإنه لا

---

(4) المحلي، كنز الراغبين: ص258. ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص153

(1) شيخ زاده، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ج3/ ص144، 145. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج7/ ص493. الكاساني، بدائع الصنائع:ج6/ص142. الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (ت370هـ)، أحكام القرآن،تحقيق محمد الصادق قمحاوي. بيروت: دار إحياء التراث، 1405هـ،ج3/ص136. الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ص205. البهوتي:كشاف القناع، ج3/ ص304. ابن مفلح، المبدع:ج4/ص195

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ص195.

(3) الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ص205

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص327. الشيرازي، المهذب، ج1/ص300. البهوتي:كشاف القناع، ج3/ ص304. ابن مفلح، المبدع:ج4/ص195

ينطبق هذا الاسم على ذلك التعامل؛ كما استنبطه الشافعي من قوله عليه السلام: [من أسلف فليسلف]؛ والإسلاف بمعنى التقديم، حيث إنه لا ينطبق اسم السلف فيه حتى يعطيه ما سلفه قبل أن يفارق من أسلفه.

وبناء على هذا القول فإنه إذا مات أحد المتعاقدين قبل إقباض وقبض رأس مال السلم، فإن العقد يفسد أو يبطل بموته؛ لأن الموت أعظم الفرقتين- فرقة البدن وفرقة الأقوال، والمراد بالفرقة هنا فرقة الأبدان[1]. ومن ثم فلا يترتب على ورثة أي منهما التزامات بموجب عقد السلم؛ وإن كان قد انعقد صحيحا ابتداء، لكنه فسد بالافتراق دون قبض.

وأما عند الحنابلة، فقد جاء عندهم في معرض الحديث عن عقد الصرف بأنه متى افترق المتصارفان قبل التقابض، أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله، بطل العقد[2]؛ ثم بينوا أنه لو مات أحد المتعاقدين قبل القبض في عقد الصرف، فسد لعدم تمام العقد. ولا يقال بأنه باطل؛ لأنه يوهم وجود عقد ثم بطلانه وليس كذلك؛ بل إن القبض فيه بمنزلة القبول، لا يتم العقد إلا به، ولهذا قال الخرقي فلا بيع بينهما[3].

ومن هنا فيمكن تطبيق حكم موت أحد المتعاقدين في عقد الصرف على حكمه في عقد السلم؛ إذا مات قبل التقابض لرأس مال السلم أو لأحد العوضين في الصرف.

كما يمكن تخريج رأي الحنابلة في هذه المسألة كما يلي:-

ذكر الحنابلة من شروط عقد السلم الشرط التالي:- [الشرط السادس: قبض رأس ماله-أي السلم- قبل تفرق من مجلس معقد تفرقا يبطل خيار مجلس؛ لئلا يصير بيع دين بدين][4].

ومن ثم فقد صرح الحنابلة باعتبار موت أحد المتعاقدين من التفرق القاطع والمبطل لخيار المجلس؛ لأن الموت أعظم الفرقتين (ويقصد بالفرقتين: الافتراق بالأقوال والافتراق بالأبدان)[5].

وهكذا وبما أن من شروط عقد السلم قبض رأس مال السلم قبل تفرق المتعاقدين تفرقا يبطل خيار المجلس، وبما أن الموت من مبطلات خيار المجلس، فيكون التفرق بالموت قبل قبض رأس مال السلم من مبطلات عقد السلم أيضا.

---

(1) السمرقندي، أبو الليث علاء الدين، فتاوى النوازل (مخطوطة)، تصحيح الرسالة حيدر الحسيني الحسني الحنفي القادري، 1305هـ، مكتبة العراق، ص269. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص37. ابن مفلح:المبدع، ج4/ص65

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص266، 267. ابن مفلح، المبدع، ج4/ص151

(3) البهوتي، كشاف القناع ، ج3/ ص 266، 267. ابن مفلح، المبدع، ج4/ص151

(4) البهوتي، شرح منتهى الإرادات،ج 2/ ص95

(5) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص37. ابن مفلح، المبدع، ج4/ص195

وإنما لم يصرح الفقهاء من المذاهب الأربعة[1] بجواز قيام ورثة المتوفى من المتعاقدين بالقبض أو الإقباض مكانه لتصحيح العقد، إذا لم يتمكن المتعاقدان من ذلك لأمر سماوي قاهر؛ وهو موت أحد الطرفين. وقد يرجع ذلك ــ برأيي ــ إلى طبيعة عقد السلم؛ من حيث كونه عقدا يحتاج إلى أجل للقيام بالالتزامات المترتبة على المسلم إليه؛ حيث إن فيه تعجيلا لرأس المال، وتأجيلا للمسلم فيه، ومن ثم فيترتب على كل من المتوفى والورثة والدائن ضرر متعلق بهذا التأجيل، وذلك على النحو التالي:

فبالنسبة للضرر المترتب على المتوفى، فإذا كان المتوفى هو المسلم إليه، وتُوُفي قبل أن يقبض رأس مال السلم، فبإلزامه تسليم المسلم فيه في أجله من تركته، إلزام لذمته ما لم يلتزم به ابتداء حتى مات، ومن ثم فيه رهن نفسه في قبره حتى يقضى عنه دينه. وأما إذا كان المتوفى هو المُسَلِّمُ (رب السلم)، ومات قبل أن يسلم رأس مال السلم، فبترتيب الالتزام بتسليم رأس مال السلم عليه بعد وفاته من تركته، إلزام له لما لم يلزمه حتى توفي.

وبالنسبة للضرر المترتب على إلزام ورثة المتوفى بالقيام مقام مورثهم في القبض أو الإقباض؛ فإذا كان المتوفى هو رب السلم، وألزمنا ورثته بإقباض المسلم إليه رأسَ مال السلم، فقد ألزمناهم دفع مال لم يكن مورثهم ملزما بدفعه حتى مات، وبالمقابل فهم لا يتسلمون المسلم فيه حالا، وإنما ينتظرون حلول أجل المسلم فيه ؛ ذلك أن الدين لا يحل بموت الدائن(رب السلم).

وإذا كان المتوفى هو المسلم إليه، فإن إلزام ورثته بقبض رأس مال السلم مقابل الالتزام بتسليم المسلم فيه في أجله، أو على الحلول، فيه ضرر لهم أيضا؛ لكونهم يصبحون ملزمين عندئذ بتوفير المسلم فيه، وقد لا يوجد، فيؤدي إلى فسخ العقد أو الانتظار إلى حين الوجود، ومن ثم تبقى التركة مشغولة بهذا الالتزام الذي لم يترتب على المورث ابتداء نتيجة لموته، فكأن الورثة قد التزموه كعقد مبتدأ. وعلى رأي المالكية فقد توقف قسمة التركة إلى حين وجود المسلم فيه، وسيأتي تفصيله في الفرع اللاحق.

وهذا بخلاف التقابض في عقد الصرف، أو في بيع الربوي، فعلى القول بأن الورثة يقومون مقام مورثهم في التقابض، إذا مات قبل ذلك؛ فهنا لا يترتب على أحد الأطراف أي ضرر، إذا اختار ورثته التقابض في مجلس علمهم بموته، أو في مجلس موته نفسه إذا كانوا حاضرين للعقد؛ وذلك لأن التقابض لكلا العوضين يكون فوريا، بمعنى أنه يتم إقباض العوض وقبض بدله في نفس المجلس، ولا يلزم الورثة بالانتظار إلى أجل التسليم أو التسلم كما في عقد السلم. كما لا يرهن ذمة المتوفى بهذا الدين.

---

(6) بذلت قصارى جهدي في البحث في هذه المسألة في كتب الفقهاء من المذاهب الأربعة فلم أجد لهم تصريحا في هذه المسألة.

من هنا فقد نص بعض الفقهاء من المذاهب وبشكل صريح على حكم موت أحد العاقدين أو كليهما قبل التقابض المشروط لصحة التعاقد في هذين العقدين الأخيرين ــ عقد الصرف[1]، وبيع الربوي[2] ــ وسيأتي بيانه في مبحثين لاحقين[3].

(1) السرخسي، المبسوط:ج14/ص75. الكاساني، بدائع الصنائع،ج6/ ص23. السمرقندي، تحفة الفقهاء:ج3/ص27. النووي، روضة الطالبين،ج4/ص294. الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت 794هــ)، خبايا الزوايا، تحقيق عبد القادر عبد الله العاني. ط1، الكويت: وزارة الأوقاف، 1402هــ، ج1/ص214

(2) الشربيني، مغني المحتاج:ج2/ص22. الأنصاري، فتح الوهاب:ج1/ ص277

(3) انظر: ص118، 124 من هذه الرسالة.

* الفرع الثاني:– أثر موت أحد المتعاقدين بعد تسليم وقبض رأس مال السلم، وقبل حلول أجل السلم

تحرير محل النزاع :–

لا خلاف بين الفقهاء[1] على أن عقد السلم يصبح لازما إذا قبض المسلم إليه رأس مال السلم، مقابل التزامه بأداء المسلم فيه إلى الأجل المتفق عليه.

كما اتفق الفقهاء[2]ــ عدا الظاهرية[3] ــ على أن الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن (وهو هنا رب السلم)، فإذا مات رب السلم بعد أن سلم رأس مال السلم في المجلس أو إلى ثلاثة أيام بحسب الشرط عند المالكية، فإن التزام المدين (المسلم إليه) بأداء الدين (المسلم فيه) للمسلم يبقى إلى أجله، ويؤديه لورثة المسلم في وقته.

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء الأربعة ــ ومنهم الحنابلة في إحدى روايتين عندهم[4]، على القول بحلول الدين المؤجل (المسلم فيه) بموت المدين(المسلم إليه) في حالة كون المسلم فيه مما لا ينقطع من أيدي الناس، أو كان موجودا وقت موته بغض النظر عن زمن وجوده في العادة.

لكنهم اختلفوا في مصير التزام المسلم إليه بأداء المسلم فيه، وذلك في حالة موت المسلم إليه قبل أجل التسليم، ولم يكن المسلم فيه موجودا عندئذ.

سبب الخلاف :–

يمكنني إسناد سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في مسألة حلول الدين المؤجل بموت المدين أو عدم حلوله؛ فالذين قالوا بعدم حلوله لم يواجهوا مشكلة في وجود المسلم فيه في أجله، وأما الذين قالوا بحلوله بموت المدين؛ فقد اختلفت آراؤهم في المسألة تبعا لاختلافهم في اشتراط وجود المسلم فيه من وقت العقد إلى حين المحل؛ فالذين قالوا بهذا الشرط ألزموا ورثة المسلم إليه بتسليم المسلم فيه حالا من تركة مورثهم، والذين لم يشترطوا هذا الشرط امتنع عليهم إلزام الورثة بتعجيل أداء دين أو التزام مورثهم تجاه المسلم، وذلك إذا عدم المسلم فيه عندئذ.

ومن ثم فقد اختلف الذين لم يشترطوا هذا الشرط في طرق حل هذه المسألة بناء على اختلاف نظرهم في طرق تحقيق مصلحة المسلم ودفع الضرر عنه، وانطلاقا من قوله تعالى: [من بعد وصية يوصى بها أو دين][5].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ ص210. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج9/ ص49. البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص274. ابن قدامة، ج4/ ص197، 198

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ص13. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص308. مالك بن أنس، المدونة الكبرى:ج9/ص58. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266. القرافي، الذخيرة، ج8/ ص172. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ص330. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص438

(3) ابن حزم الظاهري، المحلى،ج8/ ص174

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين:ج5/ص215. ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص352. الشربيني،مغني المحتاج:ج2/ص106. البهوتي،كشاف القناع:ج3/ص304

(4) سورة النساء: آية 11

مذاهب الفقهاء:-

ذهب الحنفية[1] إلى القول بأن التزام المسلم إليه بتسليم المسلم فيه، يحل بموته قبل أجل التسليم المتفق عليه ابتداء. ومن ثم يقوم ورثته بتسليم المسلم فيه إلى رب السلم عقب وفاة مورثهم.

بينما ذهب المالكية[2] إلى التفصيل في هذه المسألة؛ فقالوا بحلول أجل التزام المسلم إليه بأداء المسلم فيه بسبب موته، وذلك إذا كان المسلم فيه مما لا ينقطع من أيدي الناس؛ بمعنى أنه ليس له وقت معين ليوجد فيه، بل يوجد في جميع الأوقات.

وأما إذا كان المسلم فيه مما له إبان[3]، فقالوا بامتناع حلول أجل التزام المسلم إليه بتسليم المسلم فيه، إذا مات المسلم إليه قبل الإبان.

وفي هذه الحالة ينظر؛ فإذا كان على الميت (المسلم إليه) ديون أخرى لغرماء آخرين، أو لا، فإذا لم يكن عليه ديون أخرى، فهنالك رأيان عند المالكية في قسمة التركة بين الورثة في هذه الحالة:

الرأي الأول:- توقف التركة ولا تقسم حتى وقت الإبان، فيقتضي رب السلم حقه عندئذ، ومن ثم تقسم باقي التركة بين الورثة. وفي ذلك تقليل الغرر على رب السلم. وهذه رواية أشهب؛ حيث ذهب إلى عدم جواز قسم التركة بين الورثة وفيها ديون عليه، ولم يفرق بين كون الدين كثيرا أو يسيرا.

أما الرأي الثاني:- ذهب ابن رشد إلى التفرقة بين ما إذا خيف أن يستغرق دين السلم كل التركة، ففي هذه الحالة يوقف قسم التركة إلى وقت الإبان، وأما إذا كان دين السلم أقل، وكانت التركة أكثر، فإنه يوقف من التركة بقدر ما يرى أنه يفي بدين السلم، وتقسم باقي التركة على الورثة.

وإذا كان على الميت ديون أخرى، فإن باقي غرماء الميت لا يلزمون بالانتظار إلى وقت الإبان- خلافا للورثة، بل يضرب لرب السلم مع الغرماء بما يساوي قيمة سلمه يوم الإبان لا يوم القسمة، وذلك بحسب ما هو معروف عادة من غلاء أو رخص، ويوقف هذا المقدار من المال حتى موعد الإبان، فيُشْتَرَى له المسلم فيه وقتئذ؛ فإذا نقص عن قيمة المبلغ الموقوف بأن كان المسلم فيه أغلى مما قوم به، فإنه لا يرجع في هذه الحالة على الغرماء بشيء، ويتبع بالقيمة ذمة الميت إن طرأ له مال. وإن زاد المبلغ الموقوف عن حقه، بأن كان المسلم فيه أرخص وقت الإبان، فإنه لا يشترى له إلا قدر حقه، ويرد الباقي من المبلغ إلى من يستحقه من وارث أو دائن آخر.

وفي حالة ما إذا هلك ما وقف له أثناء مدة وقفه (قبل الإبان)، فيكون على المسلم إليه؛ لأن له نماءه، فعليه غرمه، والغنم بالغرم، ويكون من حق رب السلم في هذه الحالة غير ما وقف له.

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين:ج5/ص215

(2) مالك بن أنس، المدونة، ج9/ص58. الحطاب، مواهب الجليل، ج 4/ص535. القرافي،الذخيرة:ج5/ص257ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص352. المواق،التاج والإكليل، ج4/ص534

(3) في لسان العرب ج13/ص4: الإبان تعني وقت الظهور، وزمانه، يقال كل الفواكه في إبانها: أي في وقتها.

وذهب الشافعية[1]، والحنابلة في أحد قولين عندهم[2] إلى القول بحلول أجل التزام المسلم إليه بموته، سواء أوجد المسلم فيه في ذلك الوقت، أم لم يوجد. فإذا وجد المسلم فيه، أخذه رب السلم معجلا بمجرد موته. وأما إذا لم يوجد المسلم فيه وقتئذ؛ فهنالك قولان في المسألة:

القول الأول؛ وهو الأظهر: لا ينفسخ عقد السلم في هذه الحالة تلقائيا، وإنما يخير رب السلم بين أن يفسخ العقد. أو يصبر إلى حين وجود المسلم فيه، فيطالب به دفعا للضرر، ومن ثم فلا يجوز لرب السلم الاعتياض ــ أخذ العوض ــ عن المسلم فيه إذا اختار إمضاء عقد السلم؛ لأن الاعتياض بيع للسلعة قبل قبضها؛ وهو منهي عنه.

والقول الثاني: ينفسخ عقد السلم تلقائيا بمجرد تعذر وجود المسلم فيه.

ويترتب على اختيار الفسخ، أو انفساخ عقد السلم تلقائيا في هذه الحالة، التزام ورثة المسلم إليه بتسليم رأس مال السلم الذي كان قد دفعه رب السلم معجلا عند التعاقد، وذلك إن وُجِدَ بعينه في تركة المتوفى، أما إذا لم يكن موجودا بعينه، فإن ورثة المتوفى يقدمون عوضه –عوض رأس مال السلم وليس عوض المسلم فيه– فيسلمون مثله إن كان مثليا، أو يؤدون قيمته إن لم يكن من المثليات[3].

وذهب الحنابلة في المعتمد عندهم[4] إلى القول بعدم حلول أجل التزام المسلم إليه بموته، وذلك إذا وثق الورثةُ أو غيرُهم ربَّ الدين براهن أو بكفيل مليء بحسب أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين، ومن ثم يؤدي هذا الموثق المسلم فيه إلى رب السلم عند حلول أجل السلم المتفق عليه ابتداء عند التعاقد، ولا يجوز لرب السلم هنا الاعتياض عن المسلم فيه قبل قبضه؛ لكونه بيع ما لم يقبض؛ وهو منهي عنه.

ومن ثم تقسم تركة المشتري بين غرمائه الآخرين كل حسب حصته، ولا يوقف لرب السلم من التركة شيء؛ لأنه لا يرجع على تركة المسلم إليه عند حلول أجل المسلم فيه، وإنما يرجع على من وثقه.

فأما في حالة تعذر التوثق لسبب من الأسباب:كعدم وجود وارث ولو ضمنه الإمام، أو وجوده ولكنه لم يوثق، فهنا يصبح الدين المؤجل حالا، ولتعذر استيفائه من التركة قبل محله لعدم وجوده، فإنه يأخذ حكم المسلم فيه إذا عدم؛ فيرجع فيه إلى القولين السابقين عند الشافعية والحنابلة في القول الآخر عندهم: فعلى الأظهر لا ينفسخ العقد في هذه الحالة، ولكن يخير رب السلم بين الفسخ والصبر حتى يوجد المسلم فيه، والقول الآخر المقابل للأظهر هو أن عقد السلم ينفسخ تلقائيا في هذه الحالة في الكل المتعذر أو في البعض المتعذر.

---

(1) الشربيني،مغني المحتاج:ج2/ص106. الشرواني،حواشي الشرواني:ج5/ص14. النووي، روضة الطالبين: ج4/ص11، 12. الحصيني، أبو بكر تقي الدين بن محمد الحسيني الشافعي، كفاية الأخيار،تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان.ط1، دمشق: دار الخير، 1994م، ج1/ ص252

(2) البهوتي،كشاف القناع:ج3/ص304، ص438. ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني، (ت652هـ)، المحرر في الفقه.ط2، الرياض: مكتبة المعارف،1404هـ، ج1/ص334. ابن قدامة، المغني:ج4/ص196

(3) البهوتي، كشاف القناع:ج3/ص304، ص438. ابن قدامة، المغني:ج4/ص196

(4) ابن قدامة، المغني، ج4/ص196

- **أدلة الفقهاء :-**

- **أدلة الحنفية:-**

- استند الحنفية فيما ذهبوا إليه في هذه المسألة إلى أمرين :-

أولا:استندوا إلى قولهم بحلول الدين المؤجل بموت المدين؛ وبالتطبيق على هذه المسألة؛ فإن المسلم فيه (الدين المؤجل) يحل بموت المدين (المسلم إليه). وقد سبق بحث رأيهم في مسألة سابقة، وعرض الأدلة على ما ذهبوا إليه هناك، فلا داعي للتكرار.

ثانيا: استندوا إلى اشتراطهم وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل؛ وذلك لتدوم القدرة على التسليم فيما لو مات المسلم إليه قبل الأجل؛ حيث يحل الدين المؤجل بموته. فإذا كان المسلم فيه منقطعا عند العقد موجودا عند المحل، أو منقطعا عند المحل موجودا عند العقد، أو منقطعا فيما بين ذلك، فإنه في جميع هذه الأحوال لا يجوز السلم ابتداء. وحد الانقطاع عدم وجود المسلم فيه في الأسواق، وإن كان موجودا في البيوت [(1)].

ودليلهم على هذا الشرط الذي اشترطوه :-

1- استدلوا بقول النبي عليه السلام: [لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها] [(2)].

وجه الاستدلال:- يمكنني توجيه استدلال الحنفية[(3)] بهذا الحديث بما يلي: يستدل بدلالة الإشارة في هذا الحديث على اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل؛ ذلك أنه أشار إلى هذا الشرط بقوله: [حتى يبدو صلاحها]، فهذا الشرط هو معنى لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه، وهو عدم جواز السلم قبل وجود المسلم فيه من حين العقد، لأن وجوده معنى لازم للمعنى التبادر من ألفاظه وهو اشتراط بدو صلاح الثمار. وهكذا فلم يرد بهذا الحديث النهي عن بيع ثمار حائط ما سلما، وإنما أراد اشتراط هذا الشرط في هذا البيع.

- **مناقشة الدليل:** رد الاستدلال بهذا الحديث من وجهين[(4)]:-

الأول:- من جهة الحكم على الحديث: جاء في عون المعبود أن حديث ابن عمر في إسناده رجل مجهول، ومثل هذا لا تقوم به حجة.

الثاني:- من جهة معناه؛ حيث رد الاستدلال به بأن منع النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن بيع ما لم يخلق، وعن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، ليس فيه ما يخص عقد السلم؛ لأن السلم هو بيع موصوف ومضمون في الذمة، في حين إن ما جاء في هذا الحديث إنما هو في بيع عين معينة غير مضمونة في الذمة؛ فلا يجوز بيعها ما لم تكن موجودة من وقت العقد إلى وقت التسليم؛ كبيع ثمار شجر معين، فلا يجوز بيعها قبل بدو صلاحها. وهكذا فيكون الرسول – صلى الله عليه وسلم– نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها إلا في السلم. كما إنه

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص215

(2) الحديث أخرجه أبو داود في سننه: باب في السلم في ثمرة بعينها، ج3/ ص276 (رقم الحديث: 3467) رواه بسنده عن ابن عمر أن رجلا أسلف رجلا في نخل، فلم تخرج تلك السنة شيئا، فاختصما إلى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقال: [بم تستحل ماله؟! اردد عليه ماله]، ثم قال: [لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه]. جاء في الدراية في تخريج أحاديث الهداية ج2/ ص160: "في إسناده رجل مجهول".

(3) المرغيناني، الهداية شرح البداية،ج3/ص72

(4) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ ص154. ابن عبد البر، الاستذكار، ج6/ص385. الآبادي، عون المعبود، ج9/ ص253

لا خلاف في أنه لا يجوز السلم في شيء بعينه إلى أجل. وهكذا فلو صح هذا الحديث لحمل على بيع الأعيان، أو على السلم الحال عند القائلين بجوازه، أو على ما قرب أجله.

2- ولأن جواز السلم على خلاف القياس؛ حيث إنه بيع للمعدوم، فينبغي الاحتراز فيه عن كل خطر محتمل الوقوع؛ حيث إن المحتمل في باب السلم كالواقع. وموت المسلم إليه قبل الأجل هو من الأمور المحتملة الوقوع، ويترتب على ذلك حلول أجل المسلم فيه بموته، فيجب مراعاة ما يترتب على ذلك قبل وقوعه، ولذلك فيشترط وجود المسلم فيه طوال الفترة بين العقد وأجل التسليم، ليتمكن ورثته من تسليمه على الحلول بعد موت مورثهم.

مناقشة الدليل: لو اعتبر هذا الاحتمال لكان الأجل في كل سلم مجهولا؛ لاحتمال الموت في أية لحظة، ومن ثم فيلزم من ذلك بطلان كل سلم، لأن من شروط صحة السلم أن يكون الأجل معلوما، لقوله عليه السلام: [من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم][(1)]، وكذلك الحال بالنسبة للبيع المطلق إذا كان بثمن مؤجل[(2)].

3- كما استدلوا بأن قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد؛ لأن العاقد هو الملتزم بالتسليم، فتشترط قدرته على ذلك كما هو الحال في سائر عقود البيع، وحيث إن التزام العاقد بالتسليم حال حياته مرهون بوجود المعقود عليه، والقدرة على التسليم إنما تتأتى بإمكانية تحصيل المسلم فيه في المدة، فلذلك لا بد من استمرارية وجوده لتدوم القدرة على التسليم. لكن إذا لم يكن المسلم فيه موجودا في الحال-عند التعاقد، فلا قدرة على تسليمه؛ وذلك لأن القدرة على التسليم في هذه الحالة تتطلب إيصال حياة هذا العاقد إلى وقت وجود ذلك الشيء المسلم فيه، وهذا موهوم؛ لأن الإنسان لا يستطيع ضمان بقائه حيا إلى ذلك الوقت، وبالموهوم لا تثبت القدرة على التسليم، ومن ثم فيشترط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل حتى تكون حياته متصلة بأوان ذلك الشيء، فتثبت بذلك قدرته على التسليم. وهكذا لم يرد بهذا الحديث النهي عن بيع ثمار حائط ما سلما، وإنما أراد اشتراط هذا الشرط في هذا البيع[(3)].

ــ **مناقشة الدليل:** القدرة على التسليم معتبرة ليس في السلم فحسب، وإنما في سائر أنواع البيوع، إلا أنها تكون معتبرة عند وجوب التسليم لا قبله، فتكون في السلم المؤجل معتبرة عند المحل[(4)].

- **أدلة المالكية:-**

1- استند المالكية إلى قولهم بحلول الدين المؤجل بموت المدين، وذلك في الشق الأول من رأيهم في هذه المسألة- أي في حالة وجود المسلم فيه عند حلول الأجل بموت المسلم فيه.

بينما خالفوا قولهم بحلول الدين المؤجل بموت المدين في الشق الثاني من هذه المسألة؛ وذلك لامتناع تعجيل هذا الدين – المسلم فيه؛ لعدم وجود المسلم فيه قبل إبانه ــ أي قبل وقت

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، باب السلم في وزن معلوم، ج2/ ص781، رقم الحديث: 2125. كما أخرجه مسلم في صحيحه، باب السلم، ج3/ ص1226، رقم الحديث: 1604

(2) القرافي، الذخيرة:ج5/ص257

(3) السرخسي، المبسوط، ج12/ص135. المرغيناني، الهداية شرح البداية،ج3/ص72

(4) النووي، روضة الطالبين، ج4/ص11

ظهوره؛ ذلك أنهم لم يشترطوا لصحة عقد السلم وجود المسلم فيه من حين العقد إلى وقت التسليم، وإنما اشترطوا وجود المسلم فيه فقط حين التسليم.

2- وقد استدلوا على عدم اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل :- بحديث ابن عباس أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قدم المدينة وهم يسلفون بالتمر السنة والسنتين والثلاث، فقال صلى الله عليه وسلم: [من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم][1].

وجه الاستدلال: إن الرطب من التمر، ومع ذلك فقد كانوا يسلفون فيها السنة والاثنتين والثلاث، ولا يتصور بقاء المسلم فيه ــ الرطب ــ طيلة هذه المدة، لكونه من الفواكه الرطبة، ومن ثم فيجوز السلم مع عدم اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد، وإنما فقط يشترط وجوده حين المحل، لتثبت القدرة على التسليم[2].

مناقشة الدليل:- رد الطحاوي[3] على الاستدلال بهذا الحديث بأنه محمول على ما كان موجودا في حين العقد، وإن لم يذكر ذلك في الحديث، حيث إن هذا الخبر يستوعب كل ما لا يجوز فيه السلم.

كما إنه قد ورد عن ابن عباس ما هو مخالف لهذا الاستدلال؛ حيث روي عن أبي البختري الطائي[4]، قال: سألت ابن عباس عن السلم، فقال: [نهى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن بيع النخل حتى يؤكل منه][5].

وجه الاستدلال:- هذا الحديث دليل على اشتراط كون المسلم فيه موجودا حين العقد.

- **الرد على المناقشة:**- جاء في فتح الباري أن ابن عباس لما سئل عن السلم في نخل بعينه، رأى أن ذلك من باب بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وهذا لا يجوز. ولكن الجائز أن يكون السلم في ثمر النخل غير المعين؛ لأنه لا مخاطرة فيه بالاعتماد على نخل معين قد يثمر وقد لا يثمر، ولا يكون من باب بيع الثمر قبل بدو صلاحه، بل هو من باب السلم في شيء موصوف في الذمة[6].

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، باب السلم في وزن معلوم،ج2/ ص781، رقم الحديث: 2125. كما أخرجه مسلم في صحيحه، باب السلم، ج3/ ص1226، رقم الحديث: 1604

(2) الآبادي، عون المعبود، ج9/ ص253. ابن عبد البر، الاستذكار،ج6/ ص385

(3) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ج3/ص10

(4) هو سعيد بن فيروز بن أبي عمران، كنيته أبو البختري الطائي مولاهم الكوفي، من الطبقة الثالثة، مات سنة ثلاث وثمانين. وعن ابن معين أنه ثبت، ولم يسمع من علي شيء. وقال أبو حاتم: ثقة صدوق.وكان يرسل حديثه عن كثير من الصحابة ولم يسمع من كثير من الصحابة، فما كان من حديثه سماع فهو حسن، وما كان غيره فهو ضعيف. وهو في هذا الحديث قد سمع من ابن عباس لأنه هو الذي سأله. (تهذيب التهذيب، ج4/ ص65. تقريب التهذيب، ج1/ ص240).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، باب السلم إلى من ليس عنده أصل، ج2/ ص782، رقم الحديث:2130

(6) ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص432

3-كما استدلوا على قولهم بعدم قسمة التركة إلى حين وجود المسلم فيه وتسليمه بالآية الكريمة:[من بعد وصية يوصى بها أو دين][1].

وجه الاستدلال: تدل الآية الكريمة على أنه لا تقسم التركة إذا تعلقت بها الديون، مع وقوع اختلاف فيما بينهم في الدين اليسير أو الكثير هل يمنعان القسمة أم لا.

فلا بد إذن من تخليص التركة من الديون، ومن هنا فإنهم يقولون بوقف قسمة التركة إلى وقت الإبان، لعدم إمكانية الوفاء بالدين قبل ذلك الوقت؛ لعدم وجود المسلم فيه.

ثم إن دينَ السلم لا يُجْبِرُ بقية الغرماءِ على الانتظار إلى وقت الإبان كما هو حال الورثة؛ وذلك لأن حق الغرماء في الوفاء بديونهم متماثل ومقدم على حق الورثة في قسمة التركة بشكل عام، بموجب نص الآية الكريمة التي لا تفرق بين الديون المؤجلة والحالة في وجوب الوفاء بها قبل حق الورثة[2].

- **أدلة الشافعية والحنابلة [3] :-**

1- استند الشافعية في هذه المسألة إلى قولهم بحلول الدين المؤجل بموت المدين. وهو ما استند إليه الحنابلة أيضا بناء على أحد قولين عندهم في مسألة حلول الدين بموت المدين، مع كونه ليس الرأي المعتمد في مذهبهم في هذه المسألة.

2-كما استدل الشافعية على الأظهر عندهم من عدم انفساخ عقد السلم عند حلول أجله بموت المسلم إليه، وعدم وجود المسلم فيه عندئذ؛ بأن المسلم فيه ثابت في ذمة المسلم إليه، فأشبه إفلاس المشتري بالثمن؛ حيث إن المشتري إذا مات مفلسا قبل أداء ثمن المبيع، خير البائع بين فسخ عقد البيع ومن ثم استرداد سلعته، وبين أن يمضي ذلك البيع، ومن ثم يحاصص غرماء المشتري بثمن سلعته؛ وقد سبق بيان الأدلة على هذه المسألة. وهكذا فيطبق على رب السلم هنا ما يكون للبائع في حال موت المشتري مفلسا ولم يؤد ثمن المبيع، فيخير بين إمضاء عقد السلم والصبر حتى يوجد المسلم فيه، وبين فسخ العقد، واسترداد رأس المال الذي دفعه.

3-وأما دليلهم على ما ذهبوا إليه في القول الثاني من انفساخ العقد تلقائيا في هذه الحالة؛ فهو قياسهم عدم وجود المسلم فيه وقتئذ على تلف المبيع قبل قبضه؛ بجامع انعدام المعقود عليه قبل تسليمه، وبما أن تلف المبيع يترتب عليه انفساخ عقد البيع تلقائيا، فكذلك الحال في هذه المسألة.

---

(1) سورة النساء:آية 11

(2) مالك بن أنس، المدونة، ج9/ص58. الحطاب،مواهب الجليل: ج 4/ص535. القرافي، الذخيرة:ج5/ص257 ابن رشد، المقدمات الممهدات،ج1/ ص352. المواق، التاج والإكليل:ج4/ص534

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص106. الشربيني، الإقناع، ج2/ص295

- **أدلة الحنابلة في الرأي المعتمد عندهم[1]:**

1- استند الحنابلة في رأيهم هذا إلى الرأي المعتمد عندهم القائل بعدم حلول الدين المؤجل بموت المدين قبل أجله، وذلك إذا وثق هذا الدين برهن أو بكفيل مليء، وهنا لا يترتب على هذا القول أي إشكال؛ لأن المسلم فيه يبقى واجب التسليم في أجله، والمعتبر عندهم إنما هو وجود المسلم فيه عند محل التسليم لا قبله. أما إذا لم يوثق هذا الدين –المسلم فيه، فلا يبقى إلى أجله، بل يحل على الميت، وفي هذه الحالة يطبق قول الشافعية والحنابلة السابق.

<u>المناقشة والترجيح :-</u>

بالنسبة لرأي الحنفية، فإنهم قد اعتمدوا على وجود المسلم فيه من حين إبرام العقد وحتى أجل التسليم، وقد عرضنا الأدلة المقابلة التي تدل على عدم اشتراط هذا الشرط، وإنما يكون هذا الشرط في حالة بيع ثمر نخل أو شجر بعينه، فلا يجوز عندئذ بيعه قبل بدو صلاحه؛ للأمن من غائلة الاعتماد على ذلك الشجر بعينه، وقد يثمر يثمر صالح وقد لا يثمر كذلك، فلذا اشترط بدو صلاحه، أما في السلم فلا يكون في شيء بعينه، ومن ثم فلا ضرر على رب السلم في تحصيل المسلم فيه بحسب المواصفات التي يرغب بها؛ لأن المسلم إليه غير ملتزم له بالمسلم فيه من شيء بعينه، فيستطيع بذلك تحصيله له من أي مكان شاء.

أما بالنسبة لرأي الشافعية ومن معهم، فإن تخيير رب السلم بين الفسخ وعدمه، وذلك في حالة عدم وجود المسلم فيه عند موت المسلم إليه، هذا التخيير –برأيي– فيه منافاة لطبيعة عقد السلم؛ حيث إنه عقد لازم، ولم يكن لأحد الطرفين فسخه في حال حياتهما، فمن باب أولى أن لا يملك ذلك ورثتهما، لأن الوارث إنما يملك ما كان يملكه مورثه، وخاصة إذا كان المتوفى مليئا، ويمكن الوفاء بالتزامه في أجله المحدد، فالموت كما تبين لم يشرع لإسقاط الحقوق والالتزامات التي ثبتت في ذمة المدين، وكان من الممكن القيام بها بعد وفاته.

وهذا الرأي عند الشافعية ومن معهم هو ما أخذ به القانون المدني الأردني في المادة 537: [إذا مات البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع كان المشتري بالخيار: إن شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة، أو شاء انتظر حلول الأجل. وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المبيع إلا إذا قدم الورثة كفيلا مليئا يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله].

وقد بينت المذكرات الإيضاحية أن هذا الحكم المستمد من الفقه الاسلامي يراعى فيه جانب المصلحة والتيسير ورفع الضرر كسائر أحكام الشريعة الاسلامية، من هنا فقد أثبتت هذه المادة لرب السلم إن اختار الصبر إلى حين وجود المسلم فيه الحق في أن يضمن حقه في أجله، وذلك إما بأن يحجز ــ يرهن ــ من التركة ما يفي بذلك الحق، أو أن يوثق دينه بكفيل مليء[2].

---

(1) ابن مفلح، أبو عبد الله محمد المقدسي، (ت762هــ)، الفروع، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هــ، ج5/ص81

(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مادة رقم 537 وشرحها: ج2/ ص518، 519

وأما رأي الحنابلة الآخر القائل بعدم حلول دين السلم المؤجل بموت المسلم إليه، فإنه يحسن تطبيقه في حالة عدم وجود المسلم فيه وقت وفاة المدين، ولكن إذا وجد المسلم فيه وقتئذ، فلا داعي للانتظار إلى حين حلول أجل السلم، وخاصة إذا كان المتوفى مليئا، ويمكن تسليم المسلم فيه من تركته في الحال.

من هنا فإن الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي المالكية الذين قالوا بحلول دين المسلم إليه في حالة وجود المسلم فيه عند موته، وعدم حلوله إذا لم يوجد وقتئذ، لكنهم لم يقولوا بفسخ هذا العقد في هذه الحالة؛ لكونه عقدا لازما، وإنما يصبر إلى حين وجود المسلم فيه.

وبالنسبة لوقف قسمة التركة أو عدمه في هذه الحالة، فإنني أرجح رأي ابن رشد في التفرقة بين الدين اليسير والدين الكثير. ثم إن وقف جزء من التركة لسداد دين المسلم إليه، وقسمة الباقي بين الورثة ليس فيه معارضة للآية الكريمة؛ لأن وقف مبلغ من المال بما يفي بقدر دينه ليشترى له المسلم فيه في زمن الأداء المتفق عليه ابتداء ، إنما هو بمنزلة السداد لدينه، ومن ثم فلا مانع من قسمة باقي التركة بعد ذلك.

أما رأي أشهب من المالكية، فإن تطبيقه على إطلاقه فيه تعطيل لكثير من المصالح الضرورية للورثة، وخاصة إذا كان الدين يسيرا، وقد سبق بيان هذه الأحكام في الفصل الأول– في معرض الحديث عن حلول الدين المؤجل أو عدم حلوله بموت المدين بشكل عام، ورأي المالكية هذا يتوافق – برأيي– بشكل كبير مع ما توصلت إليه من ترجيح في تلك المسألة؛ لكونه يوازن بين المصالح، وينظر في إمكانية وفاء الدين على الحلول أو لا، ولا يطلق القول بالحلول أو عدمه بغض النظر عن الظروف المحيطة.

المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الاستصناع

- **المطلب الأول:- تعريف الاستصناع**

- **الاستصناع لغة**[1]: هو طلب الصنعة.
- ومنه أخذ **المعنى الاصطلاحي:-** وهو عقد على مبيع في الذمة، شرط عمله على الصانع[2].

وصورته :- أن يطلب المستصنع من الصانع أن يصنع له سلعة ما بأوصاف معينة؛ كأن يقول له اصنع لي خزانة طولها كذا وعرضها كذا، بمبلغ كذا.

- **المطلب الثاني:-آراء الفقهاء في مشروعية وتكييف عقد الاستصناع**

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء على جواز عقد الاستصناع (العقد على موصوف في الذمة) إذا تحققت فيه شروط عقد السلم.

لكنهم اختلفوا في مشروعية عقد الاستصناع، إذا تخلف واحد أو أكثر من شروط عقد السلم.

سبب الخلاف:-

اختلف الفقهاء في مشروعية عقد الاستصناع إذا لم تتحقق فيه شروط السلم، بناء على أنه عقد على موصوف في الذمة، فلا يجوز مع تأجيل رأس المال؛ لأنه يؤدي إلى ابتداء الدين بالدين، وهو منهي عنه[3]. وأيضا لأنه عليه السلام نهى عن بيع المعدوم ورخص في السلم[4]؛ فلا بد من تحقق شروط عقد السلم فيه. وأما الفريق الآخر المجيز لهذا العقد مع تخلف شروط السلم فيه، فهم إنما يجوزونه على خلاف القياس للضرورة.

وفيما يلي بيان آراء الفقهاء في هذا العقد مع تخلف شروط عقد السلم فيه :-

انفرد الحنفية ــ عدا زفر ــ [5]بالقول بمشروعية عقد الاستصناع مع تخلف شروط عقد السلم عنه، فهم وإن أدرجوا الاستصناع في آخر باب السلم، إلا أنهم أعطوه كيفية خاصة مستقلة

---

(1) الجزري، النهاية في غريب الأثر، ج3/ ص56
(2) السمرقندي، علاء الدين، (ت 539هــ)،تحفة الفقهاء.ط1، بيروت: دار الكتب العلمية،1984م، ج2/ص362. السرخسي، المبسوط، ج15/ص84
(3) أخرجه الحاكم في المستدرك ج2/ ص65، رقم الحديث: 2342من طريق عبد العزيز بن محمد الدراوردي بسنده عن نافع عن ابن عمر أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ؛ وهو النسيئة بالنسيئة. والحكم على الحديث: قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. وأخرجه الحاكم أيضا في المستدرك ج2/ ص66، رقم الحديث: 2343 من طريق ذؤيب بن عمامة بسنده عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مثله، والحكم على الحديث: قال الحاكم في التلخيص: ذؤيب واه. وأخرجه البيهقي في سننه ج5/ ص290، رقم الحديث: 10319: باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين. وجاء في تلخيص الحبير، ج3/ ص26، باب القبض وأحكامه: إن الحاكم وهم في تصحيحه لهذا الحديث؛ لأنه ذكر أنه من رواية موسى بن عقبة، والصحيح أنه من رواية موسى بن عبيدة الربذي. وتفرد به موسى بن عبيدة. وقال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث، وقال أحمد: لا تحل عندي الرواية عن موسى بن عبيدة، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال بأنه ليس في هذا حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أن بيع الدين بالدين لا يجوز.
(4) جاء في نصب الراية، ج4/ ص44، 45: الحديث الأول: روي أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم: غريب بهذا اللفظ، وقوله: ورخص في السلم) هو من تمام الحديث لا من كلام المصنف. وذكر الزيلعي بأنه وجد في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ.
(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 5/ص224. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص114

عن السلم؛ جاء في البحر الرائق:[(وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست)؛ أما السلم فلإمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار، فكان سلما باستجماع شرائطه. وأما الاستصناع...شرعا: أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفارا :-اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا...بكذا وكذا، ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطيه، فيقبل الآخر منه][1].

وهكذا فإن أهم مميزات عقد الاستصناع عند الحنفية[2] :-

1- يجوز فيه تعجيل الثمن وتأجيله.

2- يكون في السلع المتعارف بين الناس استصناعها، وأما فيما لا تعامل للناس فيه، فلا يجوز فيه الاستصناع؛ أخذا بأصل القياس.

3- لا يضرب فيه أجل لتسليم المصنوع[3]؛ فإذا ضرب فيه أجل إلى شهر مثلا صار سلما، ولزم فيه تحقق شروط السلم[4].

4- ثبوت خيار الرؤية للمستصنع عند تسليم الصانع للمصنوع؛ وهذا مختلف فيه:-

فالإمامان أبو حنيفة ومحمد ـــ رحمهما الله ـــ يثبتان خيار الرؤية للمستصنع عند التسليم، خلافا لأبي يوسف؛ حيث يقول بلزوم عقد الاستصناع للمستصنع بمجرد رؤيته للمصنوع إذا كان موافقا للمواصفات المطلوبة، ولا يثبت للمستصنع خيار الرؤية عندئذ [5].

5- لا يكون العامل (الصانع) فيه معينا، حتى لو جاء بالمصنوع من قبل صانع آخر وسلمه للمستصنع جاز، أو كان مصنوعا عنده من قبل العقد جاز أيضا.

وأما جمهور الفقهاء:- زفر من الحنفية [6]،والمالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة[9]، فلم يجيزوا عقد الاستصناع مع تخلف أحد شروط السلم عنه.

أدلتهم على هذا القول[10]:-

1- لأنه عقد على شيء معدوم على خلاف القياس، والمقصود بالقياس هنا هو عقد السلم؛ لأنه متفق على مشروعيته.

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ص185
(2) السرخسي، المبسوط، ج12/ص140. الزيلعي، تبيين الحقائق،ج4/ص125. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين: ج5/ص223
(3) انظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص224
(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص225
(5) السرخسي، المبسوط، ج15/ص85
(6) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص114
(7) الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص217
(8) الشافعي، الأم:ج3/ص131
(9) المرداوي، الإنصاف:ج4/ص300. البهوتي، كشاف القناع: ج3/ص165. ابن مفلح، الفروع:ج4/ص18
(10) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص114، 115

2- ولأنه استئجار للأجير في ملكه؛ حيث إن العامل يقدم المواد اللازمة للعمل من عنده، لا من عند المستصنع؛ وهذا غير جائز، كمن قال لآخر: احمل طعامك من مكان كذا إلى مكان كذا بكذا.

أما إذا تحققت شروط السلم في طلب صنع شيء موصوف في الذمة، كان العقد سلما(سلفا) في الصناعات[1].

قال مالك في المدونة: [إذا ضرب للسلعة التي استعملها ــ أي طلب عملها ــ أجلا بعيدا، وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يريه يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلا، فهذا السلف جائز. وهو لازم للذي عليه يأتي به إذا حل الأجل على صفة ما وصفا][2].

كما جاء في حاشية الدسوقي:[كما أن استصناع السيف والسرج سلم، سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا؛ كأن تقول لإنسان :اصنع لي سيفا أو سرجا، صفته كذا بدينار][3].

وقال الشافعي في الأم :[يصح أن يبتاع ثوبا بصنعة، وشيء وغيره بصفة وسِعَةٍ، ولا يجوز فيه إلا أن يدفع ثمنه. وهذا شراء صفة مضمونة؛ فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت][4].

---

(1) انظر: الدردير، الشرح الكبير،ج3/ ص217. ارشيد، محمود عبد الكريم أحمد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلامية، ص118، 119

* ومن الجدير بالذكر أن ابن القاسم من المالكية قسم السلم في الصناعات إلى أربعة أقسام، ذكرها ابن رشد الجد في المقدمات الممهدات، ج1/ص356، 357:-

أولا:- أن لا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله بعينه، ولا يعين ما يعمل منه. وفي هذه الحالة يكون العقد سلما محضا، يشترط فيه شروط السلم.(انظر: مالك بن أنس، المدونة، ج9/ص19، ج11/ ص449. خليل، مختصر خليل، ج1/ص196. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص540. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217 الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ص8).

ثانيا:- أن يشترط المستصنع عمل الصانع بعينه، ولا يعين المعمول منه؛ بحيث يتعين على العامل (الصانع) في هذه الحالة الإتيان بالمواد بنفسه. فهنا وجد في المذهب المالكي اتجاهان في هذه المسألة؛ اتجاه يجيز هذا التصرف على أنه سلم للضرورة، واتجاه لا يجيزه.(انظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص413. الخرشي، حاشية الخرشي:ج6/ص103. المواق، التاج والإكليل:ج4/ص537، 538، 539. الدردير، الشرح الكبير، ج3/ص217. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ص217. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ص539، 540. ابن رشد، الجد، المقدمات، ج1/ ص356، 357).

ثالثا:- أن لا يشترط عمل العامل بعينه، ولكنه يعين المعمول منه؛ فهنا لا يعتبر العقد سلما كما قال ابن رشد، بل هو من باب البيع والإجارة في المبيع، وهو جائز مع تعجيل العمل وتأخيره إلى نحو ثلاثة أيام، ويجوز فيه تعجيل النقد وتأخيره. (ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ص357).

رابعا:- أن يشترط المسلم عمل الصانع ويعين كذلك ما يعمل منه؛ ومثاله :أن يشتري شخص قماشا من خياط يبيع أقمشة، ويخيطه عنده ثوبا له. فهنا بين ابن رشد بأن العقد ليس سلما، وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع. وهنا يجوز تأجيل ثمن المبيع وأجرة الأجير؛ إذ الأجرة لا تستحق إلا بالعمل ولا يجب تعجيل تسليمها، كما أن الثمن هو للمبيع بعقد البيع لا السلم فيجوز تأجيل الثمن.

وفي حالتي تعيين المعمول منه، سواء عين العامل أم لا، يشترط الشروع في أخذ السلعة المبيعة؛ لئلا يؤدي إلى بيع عين معينة يتأخر قبضها (انظر: ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ص357. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص540).

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج9/ ص19

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217

(4) الشافعي، الأم، ج3/ص131

كما جاء في كشاف القناع :[(ولا يصح استصناع سلعة) بأن يبيعه سلعة يصنعها له؛ (لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم)؛ ذكره القاضي وأصحابه] [1].

(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ص165

- **المطلب الثالث:- حكم عقد الاستصناع**

أبحث في هذا المطلب حكم هذا العقد لابتناء أثر الموت في الالتزامات الناشئة عنه على حكمه.

ـ حكم عقد الاستصناع عند الحنفية.

عقد الاستصناع عند الحنفية-عدا زفر[1]- يتناوله حكمان مستقلان تبعا لمراحل انعقاده:

أولا:- اتفق فقهاء الحنفية[2] على عدم لزوم عقد الاستصناع للطرفين من حين الاتفاق بين الطرفين إلى قبيل رؤية المستصنع للمصنوع، (أي يكون في هذه المرحلة عقدا جائزا كسائر العقود الجائزة كالشركة والإعارة ونحوها).

ويترتب على هذا الحكم في هذه المرحلة عدم إلزام الصانع بالعمل؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بإتلاف عين ماله، والإجارة تفسخ بهذا العذر، فكذا هنا؛ لكون الاستصناع له شبها بالإجارة. كما يحق له بيع المصنوع لغير المستصنع ما لم يره المستصنع. وبالنسبة للمستصنع، فإن له أن يتراجع عن ما طلبه من الصانع بموجب هذا العقد، فلا يكون ملزما بأخذه أيضا.

وقد جاء في حاشية ابن عابدين بيان ذلك بقوله: [الاستصناع لا جبر فيه إلا إذا كان مؤجلا بشهر فأكثر، فيصير سلما؛ وهو- أي السلم- عقد لازم يجبر عليه ولا خيار فيه، وبه علم أن قول المصنف: (فيجبر الصانع على عمله، لا يرجع الآمر عنه)، إنما هو فيما إذا صار مسلما، فكان عليه ذكره قبل قوله وبدونه وإلا فهو مناقض لما ذكره بعده من إثبات الخيار للآمر، ومن أن المعقود عليه العين لا العمل، فإذا لم يكن العمل معقودا عليه كيف يجبر عليه؟! وأما ما في الهداية عن المبسوط من أنه لا خيار للصانع في الأصح، فذاك بعد ما صنعه ورآه الآمر؛ كما صرح به في الفتح، وهو ما مر عن البائع. والظاهر أن هذا منشأ توهم المصنف وغيره كما يأتي. وبعد تحريري لهذا المقام رأيت موافقته في الفصل الرابع والعشرين من نور العين إصلاح جامع الفصولين حيث قال بعد أن أكثر من النقل في إثبات الخيار في الاستصناع فظهر أن قول الدرر تبعا لخزانة المفتي أن الصانع يجبر على عمله والآمر لا يرجع عنه، سهو ظاهر ا. ه. فاغتنم هذا التحرير ولله الحمد][3].

وهكذا فإن الاستصناع لا يكون لازما منذ ابتدائه إلا إذا تحققت فيه شروط السلم ؛من ضرب الأجل، وتعجيل تسليم رأس مال السلم. وأما إذا لم تتحقق فيه شروط عقد السلم، فإنه يبقى عقد استصناع، وهو غير لازم للمتعاقدين قبيل رؤية المستصنع للمصنوع.

ثانيا:- وأما حكمه بعد رؤية المستصنع للمصنوع، وقبيل التسليم.

فهنا اتفق فقهاء الحنفية على أنه يلزم الصانع في هذه المرحلة، إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم بالنسبة لحكم العقد في هذه المرحلة بالنسبة للمستصنع:-

---

(1) عند ذكر اتفاق الحنفية أو اختلافهم فيما يلي في هذا العقد، فإن زفر لا يكون داخلا معهم في المقارنة؛ لأن رأي زفر متفق مع جمهور الفقهاء خلافا لما عليه مذهبه-جمهور الحنفية.

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص225،224. السرخسي، المبسوط، ج12/ ص139. الكاساني، بدائع الصنائع،ج 5/ص210

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 5/ص224

فعند الإمامين- أبي حنيفة ومحمد، يكون العقد غير لازم للمستصنع؛ بحيث يثبت له خيار الرؤية، إن شاء أخذه وإن شاء تركه؛ لكونه اشترى ما لم يره.

وجه هذا القول:- استدلوا بقوله عليه السلام:-[من اشترى ما لم يره، فهو بالخيار][1].

أما حكمه عند أبي يوسف فهو اللزوم لكلا العاقدين في هذه المرحلة؛ فلا يثبت لأي من المتعاقدين الخيار، إذا جاء الصانع بالمصنوع وفق المواصفات المطلوبة.

دليله:- لأن إثبات الخيار في هذه الحالة للمستصنع قد يؤدي إلى حصول الضرر على الصانع، وذلك إذا ترك المستصنع المصنوع. وقد لا يجد الصانع من يشتريه منه بعد ذلك، وقد يجد من يشتريه ولكن بثمن أقل.

وقد نصت المادة392 من مجلة الأحكام العدلية على حكم عقد الاستصناع: [إذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، كان المستصنع مخيرا][2]. وليس المقصود هنا خيار الرؤية، وإنما ينظر؛ فإن كان النقص في المصنوع من قبيل العيب، ثبت للمستصنع خيار العيب، وإن كان النقص فيه نتيجة لفوات وصف مشترط في التعاقد، فللمستصنع في هذه الحالة خيار فوات الوصف[3].

إلا إن هذه المادة لم تأخذ برأي أي من فقهاء الحنفية؛ لكونها تنص على لزوم عقد الاستصناع لكلا المتعاقدين منذ لحظة انعقاده، وإن ذكر في مقدمة درر الحكام شرح مجلة الأحكام بأنها تأخذ برأي أبي يوسف في حكم عقد الاستصناع: [وعند الإمام الأعظم أبي حنيفة أن المستصنع له الرجوع بعد عقد الاستصناع، وعند الإمام أبي يوسف ــ رحمه الله ــ أنه إذا وجد المصنوع موافقا للصفات التي بينت وقت العقد، فليس له الرجوع، والحال أنه في هذا الزمان قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها المدافع والبواخر ونحوها بالمقاولة، وبذلك صار الاستصناع من الأمور الجارية العظيمة، فتخيير المستصنع في إمضاء العقد أو فسخه يترتب عليه الإخلال بمصالح جسيمة. وبما أن الاستصناع مستند إلى التعارف، ومقيس على السلم المشروع على خلاف القياس بناء على عرف الناس، لزم اختيار قول أبي يوسف ــ رحمه الله تعالى ــ في هذا، مراعاة لمصلحة الوقت][4].

وقد رجح الزرقا(1964م) أن مجلة الأحكام العدلية إنما اتخذت نظرية الإمام أبي يوسف أساسا، وتوسعت فيها بالتعديل في بعض نواحيها بحسب المصلحة الزمانية. وبما أنها اقترنت

---

(1) الحديث روي بلفظ:[من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه] روي مسندا ومرسلا: فأما المسند فقد أخرجه الدارقطني في سننه ج3/ص4، والبيهقي في سننه ج5/ص268 من حديث أبي هريرة مسندا والحكم على الحديث: فيه عمر بن ابراهيم الكردي وهو مذكور بوضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح، لم يروه غيره. وإنما يروى عن ابن سيرين موقوفا من قوله. وأما المرسل فقد رواه ابن أبي شيبة في مصنفه، وأخرجه الدارقطني في سننه ج3/ص4، وكذلك أخرجه البيهقي في سننه ج5/ص268. والحكم على الحديث: قال الدارقطني:- حديث مرسل، فيه أبو بكر بن أبي مريم؛ وهو ضعيف. (الزيلعي، نصب الراية، ج4/ص9. تلخيص الحبير، ج3/ص6)

(2) مجلة الأحكام العدلية، ج1/ص76

(3) حيدر،علي، (تاريخ الإرادة السنية288هـ)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب فهمي الحسيني. دار الكتب العلمية: بيروت، ج1/ ص361

(4) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج1/ص12

بالإرادة السلطانية، فقد أصبحت زمن الدولة العثمانية قانونا من ولي الأمر. وهكذا فالعبرة لنصوصها لا للنصوص التي استمدت منها، فيحكم بلزوم عقد الاستصناع منذ انعقاده بناء على ما نصت عليه المجلة [1].

وعقب الفرفور(1992م) بأن الذي يتوجه اليوم هو ترجيح قول أبي يوسف أولا، ثم الوصول إلى ترجيح رأي المجلة ثانيا بالإلزام في حق الطرفين؛ وذلك حفظا لحقوق الناس من الضياع [2].

ـ حكم عقد الاستصناع عند زفر من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة

إذا كان الاستصناع على الصورة التي يقول بها الحنفية، فيكون عقدا على بيع معدوم، لم يجر على أحكام السلم، فهو على خلاف القياس، فيكون غير جائز.

وأما إن كان طلب صنع السلعة بشروط السلم الخاصة، فهو عقد سلم، وحكمه اللزوم للطرفين ابتداء وانتهاء، ولا يثبت فيه خيار الرؤية [3].

المطلب الرابع:- الالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع

من أهم الالتزامات الناشئة عن هذا العقد عند الحنفية [4]:-

1- لا يترتب على الصانع التزام بتسليم المصنوع بالمواصفات المطلوبة إلى المستصنع، إلا بعد رؤية المستصنع للمصنوع؛ حيث إن حكم هذا العقد اللزوم بالنسبة للصانع، بعد رؤية المستصنع للمصنوع؛ حتى إذا قبله المستصنع-على قول أبي حنيفة ومحمد اللذين أثبتا للمستصنع خيار الرؤية، فإن الصانع يجبر على دفع المصنوع له؛ لأنه بالآخرة بائع له، والبائع يجبر على تسليم المبيع للمشتري إذا قبض الثمن .

2- التزام المستصنع بقبول العين المصنوعة إذا كانت موافقةً لما اشترط فيه من الصفات، وذلك عند أبي يوسف؛ حيث لا يثبت للمستصنع خيار الرؤية، بينما جمهور الحنفية -عدا زفر وأبي يوسف، يثبتون للمستصنع خيار الرؤية؛ لكونه اشترى ما لم يره. ولذلك فهما لا يلزمانه بقبول العين المصنوعة إلا باختياره هو والتزامه، ويكون ملتزما إذ ذاك بدفع ثمن المبيع للصانع.

وأما أهم الالتزامات المترتبة على عقد السلم في الصناعات عند جمهور الفقهاء :-

1-التزام المُسلِّم بدفع ثمن المُسْلَم فيه معجلا إما في مجلس العقد، أو بتأخيره إلى ثلاثة أيام بالشرط عند المالكية.

---

(1)الزرقاء، مصطفى، المدخل الفقهي العام، ج1/ ص456

(2) الفرفور، محمد عبد اللطيف صالح، (1412ه- 1992م). أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد7 ج2/ ص511، 512

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص225. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج9/ ص19. المواق، التاج والإكليل،ج4/ص537

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ص186

2- التزام المسلُم إليه بتسليم المُسْلَم فيه إلى المسلم في الأجل المتفق عليه بينهما، وبالمواصفات المطلوبة.

- **المطلب الخامس:- أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع**

إن بيان أثر موت أحد المتعاقدين في عقد الاستصناع عند الفقهاء الأربعة، لا يمكن دمجه في مسألة واحدة؛ وذلك لاختلاف الجمهور مع الحنفية أساسا في مشروعية هذا العقد بالكيفية والخصائص التي قال بها الحنفية، ولذلك فلا يمكن تحرير محل النزاع في هذه المسألة بين الفقهاء؛ لأن النزاع قائم في أساس المشروعية.

وهكذا فيبحث أثر الموت في هذه الالتزامات لكل فريق على حدة :-

ـ عند الحنفية.

ينبني أثر الموت عند الحنفية على حكم العقد في مرحلتي انعقاده – كما سبق ذكرهما. ففي المرحلة الأولى – قبيل رؤية المستصنع للمصنوع:- إذا مات أحد المتعاقدين في هذه الحالة، بطل عقد الاستصناع بموته، ومن ثم فلا يترتب على ورثة أي منهما أي التزامات تجاه الطرف الآخر، كما لا يستوفى ثمن المصنوع من تركة المستصنع.

وعليه فإنه إذا مات الصانع، فلا يستوفي المستصنعُ المصنوعَ من تركته، سواء أكان قد دفع ثمن المصنوع أم لا [1]. إلا إنه في حالة كونه قد دفع ثمن المصنوع، فيلتزم ورثة الصانع أو وصي التركة برد مال المستصنع الذي دفعه إليه.

وبالمقابل فإنه إذا مات المستصنع، فإن الصانع لا يلتزم بتسليم المصنوع لورثته، كما لا يعود على تركة المستصنع بثمن المصنوع؛ لموت المستصنع قبل تسلمه.

دليل الحنفية على هذا القول:-

1- ذهب الحنفية إلى القول ببطلان الاستصناع بموت أحد المتعاقدين قبل رؤية المصنوع وقبيل التسليم؛ وذلك لشبه هذا العقد بالإجارة؛ من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل، والإجارة عند الحنفية تبطل بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع، إذا كانت الإجارة معقودة لهما؛ فكذا هنا، وسيأتي بيان أثر الموت في عقد الإجارة في الفصل اللاحق-بإذن الله تعالى.

وقد جاء في كتب الحنفية نقلا عن الذخيرة أن الاستصناع قبيل التسليم ينعقد إجارة ابتداء، وبيعا انتهاء متى أسلم للمستصنع، ولهذا فإذا مات الصانع قبيل التسليم فإنه يبطل بموته، ولا يُسْتَوْفى المصنوع من تركته؛ لكونه إجارة في تلك المرحلة. ولو أنه انعقد بيعا ابتداء وانتهاء لما بطل بموته، كما هو الحال في البيع المطلق وبيع السلم، حيث إنهما لا يبطلان بموت المتعاقدين أو أحدهما [2].

---

(1) السيواسي، شرح فتح القدير: ج7/ص116. ابن نجيم، البحر الرائق:ج6/ص186. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ص179

(2) السيواسي، شرح فتح القدير: ج7/ص116. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ص186

2- ولأن الاستصناع عند الحنفية عقد غير لازم لكلا الطرفين قبل رؤية المستصنع للمصنوع؛ وذلك لأنه إنما أجيز للحاجة، وما كان كذلك ــ أي أجيز للحاجة ــ فحكمه الجواز وليس اللزوم[1]، ولذلك فإنه يبطل بموت أحد طرفيه، شأنه شأن غيره من العقود غير اللازمة والتي تبطل بموت أحد طرفيها؛ كالوكالة والشركة والجعالة ونحوها.

أما في المرحلة الثانية- وهي بعد رؤية المستصنع للمصنوع وقبيل التسليم:- ففي هذه المرحلة إذا مات أحد المتعاقدين بمجرد رؤية المصنوع من قبل المستصنع، أو بعد إجازة عقد الاستصناع بموجب خيار الرؤية – على رأي أبي حنيفة ومحمد، فإنه لا ينفسخ عقد الاستصناع في هذه الحالة . ويترتب على هذا القول، انتقال التزامات المتعاقد المتوفى إلى ورثته.

وجه هذا القول:- وذلك لأن العقد يكون لازما للطرفين في هذه الحالة؛ إما بإجازته من قبل المستصنع، أو بمجرد رؤية المستصنع للمصنوع. والعقد اللازم لا ينفسخ بموت أحد عاقديه، ومن ثم يقوم ورثة المتوفى أو وصي التركة بأداء الالتزامات المترتبة على المتوفى بموجب هذا العقد[2].

أما إذا مات أحد المتعاقدين بعد رؤية المصنوع من قِبَل المستصنع، وقبل اختيار الرد أو الإجازة بموجب خيار الرؤية الذي أثبته أبو حنيفة ومحمد للمستصنع في هذه الحالة، فإن عقد الاستصناع يأخذ حكم البيع بالخيار في هذه الحالة، وينظر إلى المتعاقد المتوفى :-

فإن كان المتوفى هو الصانع، فإن عقد الاستصناع لا يبطل بوفاته في هذه الحالة، وإنما يكون حكم العقد تابعا لاختيار المستصنع بالقبول أو الرد بموجب خيار الرؤية. فإذا اختار المستصنع إجازة العقد، فإنه يصبح ملزما لكلا الطرفين، ويترتب على ورثة الصانع تسليم المصنوع للمستصنع. كما يترتب على المستصنع تسليم الثمن إلى ورثة الصانع، وقبض المصنوع منهم.

وأما إذا كان المتوفى هو المستصنع، فإن عقد الخيار يلزم بموته؛ وذلك بناء على قول الحنفية بسقوط خيار الرؤية بموت صاحبه، حيث إن خيار الرؤية لا يورث عندهم [3]. ومن ثم فلا يبطل هذا العقد بموت صاحب الخيار؛ لأنه عقد يؤول إلى اللزوم، ويقوم ورثة المستصنع مقامه في قبض المصنوع، وتسليم الثمن للصانع[4].

ــ عند الجمهور.

وأما جمهور الفقهاء: زفر من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة، فيمكنني استنباط رأيهم في أثر الموت في عقد الاستصناع على أنه لا يبطل عقد الاستصناع (السلم في الصناعات) بموت الصانع ولا بموت المستصنع بمجرد انعقاد العقد مستوفيا لأركانه وشروطه، وذلك بالاستناد إلى أمرين:-

1- لا يبطل عقد الاستصناع بموت أحد المتعاقدين فيه قبل تسليم العمل لأن الاستصناع عند جمهور الفقهاء نوع من السلم في الصناعات، إذا تحققت شروط السلم في هذا العقد. وعقد السلم عقد

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ص186
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ص124
(3) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3/ص35. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ص268
(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص225

لازم لكلا المتعاقدين، وذلك في جميع مراحله سواء أكان ذلك قبل رؤية المسلم للمسلم فيه أم بعده[1]، ومن ثم فلا ينفسخ بموت أحد عاقديه؛ لكونه لازما لهما، فكذلك يكون لازما لورثتهما.

2- وأما بالنسبة لعدم انفساخ عقد الاستصناع بموت العامل ــ المسلم إليه ــ تحديدا، فذلك لئلا يؤدي انفساخه بموته إلى انتفاع العامل بالمال المسلم إليه ــ رأس مال السلم ــ حال حياته بلا مقابل؛ وهذا هو عين الغرر المنهي عنه. من هنا فقد اشترطوا في عقد السلم عدم تعيين العامل، لأن تعيينه قد يؤدي إلى مثل هذا الغرر فيما لو مات العامل قبل إتمام العمل، لأنه لا يدرى أيسلم ذلك العامل إلى حين أجل تسليم العمل أم لا، حيث لا يقوم ورثة العامل المعين مقامه بإتمام عمله بعد وفاته لكونه مشترطا في التعاقد بنفسه، فينفسخ عقد الاستصناع بموته في هذه الحالة. وهكذا فإن تعيين العامل في عقد السلم في الصناعات يجعل رأس مال السلم المعجل إليه-المعقود عليه- عندئذ دائراً بين الثمنية والسلفية؛ بمعنى أن رأس مال السلم المعجل يكون في هذه الحالة مترددا بين كونه ثمنا للمسلم فيه عند تسليم المسلم فيه إلى رب السلم، وذلك إن لم يتوف ذلك العامل المعين قبل إتمام عمله قبل أجل التسليم. ولكن في حالة موته قبل ذلك، فإن رأس المال المعجل إليه، يكون بمنزلة السلف[2] ــ أي القرض ــ المقدم للمسلم إليه؛ لانتقاض عقد السلم بموته في هذه الحالة، ويكون المال المعجل إليه بمنزلة القرض؛ لكون المسلم إليه انتفع به في أجل السلم بلا مقابل؛ وهذا هو عين الغرر؛ لأن المُسلّم لم يقصد بتعجيله رأس المال ابتداء إلى المسلم إليه أن يقرضه ذلك المال بلا مقابل، وإنما أراد أن يُسلّمَ إليه المسلم فيه[3].

ودليل ذلك ما جاء في المدونة: [قلت: وإن لم يضرب لرأس المال أجلا، واشترط أن يعمله هو نفسه، وقدم نقده، فهو لا يدري أيسلم ذلك الرجل إلى ذلك الأجل فيعمله له أم لا، فهذا من الغرر، وهو إن سلم عمله له، وإن لم يسلم ومات قبل الأجل، بطل سلف هذا، فيكون الذي أسلف إليه قد انتفع بذهبه باطلا][4].

وبناء على هذين الأمرين اللذين استندت إليهما في استنباط أثر الموت في عقد الاستصناع عند جمهور الفقهاء، فيمكن تطبيق أثر موت أحد المتعاقدين في عقد السلم على عقد الاستصناع،

---

(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ص225. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج9/ ص19. المواق، التاج والإكليل،ج4/ص537

(1) جاء في لسان العرب ج9/ص159:[السلف في المعاملات له معنيان: أحدهما: القرض الذي لا منفعة للمقرض فيه غير الأجر والشكر، وعلى المُقْتَرِض ردُّه كما أَخذه،والعربُ تسمي القَرْض سَلَفاً كما ذكره الليث. والمعنى الثاني في السلف: هو أَن يُعْطِي مالاً في سلعة إِلى أَجل معلوم، بزيادة في السِّعْر الموجود عند السَّلَف؛ وذلك مَنْفعة للمُسْلِفِ. ويقال له سلَم دون الأَول. قال: وهو في المعنيين معاً اسم من أَسلفت]. والمراد في هذا الموضع المعنى الأول؛ وهو القرض؛ لأن السلف بمعنى السلم متحقق في الحالة الأولى (أي في حالة عدم هلاك المعمول منه)، فيكون رأس المال ثمنا للمسلم فيه بموجب عقد السلم (السلف).

(2) مالك بن أنس، المدونة، ج9/ص19، ج11/ ص449. ابن رشد:المقدمات، ج1/ ص356، 357. خليل،مختصر خليل،ج1/ص196. المواق، التاج والإكليل، ج4/ص537. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص539، 540. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217. الشرواني،حواشي الشرواني، ج5/ص8

(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج9/ ص19

وقد سبق بحثه[1]، والراجح عندي ــ وهو رأي المالكية في عقد السلم ــ أنه ينظر في هذه الحالة، فإن أمكن توفير السلعة على حساب التركة، حل التزام الصانع بموته، وإلا فإن المستصنع ينتظر إلى حين إحضار الورثة أو استصناعهم لتلك السلعة من صانع آخر، بحيث يخصصون لتلك السلعة جزءا من التركة ويقتسمون باقي التركة. والله تعالى أعلم.

(4) انظر ص96 من هذه الرسالة.

المبحث الرابع:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الصرف

- **المطلب الأول:- تعريف عقد الصرف**

الصرف لغة[1]:يطلق الصرف على عدة معان:-

1- فهو فضل الدرهم على الدرهم، والدينار على الدينار؛ لأن كل واحد منهما يُصْرَفُ عن صاحبه.

2- وهو بيع الذهب بالفضة، وهو من ذلك؛ لأنه ينصرف به عن جوهر إلى جوهر.

3- والتصريف في جميع البياعات: إنفاق الدراهم.

والمعنى الثاني هو المقصود **بعقد الصرف شرعا** ابتداء، ثم وسع هذا المعنى ليشمل بيع مطلق الأثمان بعضها ببعض، وليس فقط الذهب والفضة.

حيث جاء تعريف الصرف شرعا بأنه:- بيع بعض الأثمان ببعض؛ كبيع الذهب والفضة بعضها ببعض، أي بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض [2].

وقد فسره ابن نجيم بذلك ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ، أو بالنقد؛ ذلك أن المصوغ مثلا من الذهب أو من الفضة، وبسبب ما اتصل به من صنعة في صياغته، لم يبق ثمنا صريحا، ولهذا فإنه يتعين في العقد، وبالرغم من ذلك فيبقى بيعه صرفا[3].

وسمي هذا العقد صرفا؛ لأحد أمرين [4] :-

1-إما لصرفه عن مقتضى البياعات؛ لكونه يختص بوجوب التقابض قبل التفرق، والصرف من يد إلى يد، وعدم جواز بيع النساء.

2-أخذت التسمية من صرفهما؛ وهو تصويتهما في الميزان؛ حيث سمي بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة مراطلة.

- **المطلب الثاني:- الالتزامات الناشئة عن عقد الصرف**

وأما عن التزامات المتعاقدين في هذا العقد، فهي ذاتها التزامات البائع والمشتري التي سبق ذكرها، إلا إنه يشترط لصحة عقد الصرف ما يلي:-

التزام كلا المتصارفين بقبض وإقباض كلا العوضين في عقد الصرف قبل افتراق المتعاقدين عن مجلس العقد؛ وذلك لأن التقابض شرط لصحة الصرف لئلا يدخله ربا النسيئة. وهذا متفق عليه بين الفقهاء [5].

ولكنهم اختلفوا في اشتراط الفورية أو المناجزة في التقابض بمجرد انعقاد العقد أو عدم اشتراطها بحيث يجوز للمتعاقدين التقابض على التراخي ما داما في مجلس الصرف؛ فالمالكية[1]

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج9/ ص190. الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص152
(2) ابن نجيم، البحر الرائق،ج6/ص209
(3) ابن نجيم، البحر الرائق،ج 6/ص209
(4) السمرقندي، تحفة الفقهاء،ج3/ص27. البعلي، المطلع، ج1/ ص239
(5) ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، (ت751هـ)، حاشية ابن القيم.ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415 هـ ــ 1995م، ج9/ ص297. الآبادي، عون المعبود، ج9/ ص142

ذهبوا إلى اشتراط المناجزة، بينما أجاز الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة التقابض ما دام المتعاقدان في مجلس الصرف. فإذا افترقا عن مجلس الصرف قبل التقابض، فسد أو بطل العقد. والمعتبر عند الجمهور ــ عدا المالكية ــ الافتراق بالأبدان[2]، حتى لو ذهبا عن المجلس وهما يمشيان معا في جهة واحدة، أو ناما في المجلس، أو أغمي عليهما، ثم قاما فتقابضا، لا يبطل الصرف.

- **المطلب الثالث:- أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عن عقد الصرف**

تحرير محل النزاع :-

لا خلاف بين الفقهاء على أن عقد الصرف لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أو كليهما إذا ماتا بعد تقابض العوضين في مجلس الصرف؛ لكونه قد تم ونفذ بالقبض[3].

كما حكى ابن منذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم وكذلك ابن رشد على فساد أو بطلان عقد الصرف إذا تفارق المتصارفان حال حياتهما قبل قبض العوضين في المجلس؛ لأن القبض في المجلس شرط لصحة عقد الصرف[4].

مستند هذا الاتفاق قوله عليه السلام:-[الذهب بالذهب، والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح، مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأجناس، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدا بيد][5].

وجه الاستدلال: هذا الحديث الشريف نص صريح على وجوب المقابضة عند بيع جنس الأثمان ببعضها ببعض سواء أكانت متحدة؛ كبيع الذهب بالذهب، أم مختلفة؛ كبيع الذهب بالفضة، والمقابضة إنما تكون قبل التفرق لئلا يؤدي تفرقهما قبل القبض إلى الربا[6].

لكنهم اختلفوا فيما إذا مات أحد المتعاقدين أو كلاهما قبل قبض العوضين أو أحدهما، فهل يبطل العقد قياسا على بطلانه بالفرقة قبل القبض أم لا؟!

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء في اعتبار الموت (التفرق بالروح) بمنزلة التفرق بالبدن أم لا.

فالذين قالوا بأن التفرق بالروح بمنزلة التفرق بالبدن، ذهبوا إلى القول ببطلان عقد الصرف بالموت قبل التقابض؛ قياسا على بطلانه بتفرق المتصارفين وهم أحياء قبل القبض.

---

(6) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج8/ ص398. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص305

(1) السمرقندي، فتاوى النوازل، ص241. الشافعي، الأم، ج3/ص31. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص266

(2) ابن نجيم،البحر الرائق:ج6/ص133. الجصاص،أحكام القرآن،ج3/ص136. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص267

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص136. ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص101، 147. النووي، روضة الطالبين، ج4/ص294. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص266. ابن المنذر، أبو بكر محمد بن ابراهيم النيسابوري، (ت318هـ)، الإجماع، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد. ط3، الاسكندرية: دار الدعوة، 1402هـ، ج1/ ص92

(4) أخرجه مسلم في صحيحه ج3/ص1211، رقم الحديث: 1587، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا.

(5) السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت490هـ)، أصول السرخسي.بيروت، دار المعرفة،ج2/ ص274

وأما الذين قالوا بأن التفرق بالروح ليس بمنزلة التفرق بالبدن؛ لكون التفرق بالروح(الموت) بمنزلة الإكراه على التفرق، وهو بخلاف التفرق بالبدن المبطل للعقد لكونه اختياريا؛ قالوا بعدم بطلان عقد الصرف بموت أحد المتصارفين قبل التقابض؛ وذلك لأنه لم تحصل الفرقة المبطلة للعقد، ومن ثم يقوم ورثة المتوفى مقامه في القبض.

مذاهب الفقهاء:-

للفقهاء في هذه المسألة قولان :-

القول الأول:- وهو ما ذهب إليه الحنفية[1]، والشافعية في إحدى روايتين عندهم[2] والحنابلة[3]، إلى القول ببطلان أو فساد عقد الصرف بموت أحد المتعاقدين فيه قبل القبض، ومن ثم فلا يلزم ورثة أي منهما القيام مقام مورثهم في القبض والإقباض.

القول الثاني:- وهو ما ذهب إليه الشافعية في الرواية الثانية عندهم؛ وقد حكاهما الغزالي في البسيط؛ حيث قالوا بعدم بطلان عقد الصرف بموت أحد المتعاقدين فيه، بل يقوم ورثته مقامه في التقابض، فإن لم يفعلوا بطل عقد الصرف لعدم تحقق شرط ثبوته [4].

أما بالنسبة لرأي المالكية في هذه المسألة:-

يمكن تخريج رأي المالكية [5] وإدراجه ضمن القولين السابقين، فهم وإن لم يصرحوا برأيهم في حالة موت أحد المتصارفين قبل القبض، إلا إنهم ذكروا قولين في مسألة تأخير التقابض في نفس المجلس إذا كان على وجه الغلبة بين المتعاقدين، فيما اتحد جنسه من النقود والمطعومات الربوية :-

جاء في جامع الأمهات:[والمفارقة اختيارا تمنع المناجزة، وقيل:إلا القريبة. وفي الغلبة قولان][6].

ويمكن إجمال هذين القولين فيما يلي[7]:-

أحدهما: إن الفرقة على وجه الغلبة تمنع من المناجزة المشترطة في العقد، ومن ثم تؤدي إلى ربا النسيئة، وعليه فيبطل عقد الصرف وبيع الربويات في حالة تأخير التقابض على وجه الغلبة. والمقصود بالغلبة عندهم هي الغلبة على تأخير التقابض لا حصول انعدام التصرف مطلقا؛

---

(1) السرخسي، المبسوط:ج14/ص75. الكاساني، بدائع الصنائع،ج6/ ص23. السمرقندي، تحفة الفقهاء:ج3/ص27

(2) النووي، روضة الطالبين،ج4/ص294. الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت 794هـ)، خبايا الزوايا، تحقيق عبد القادر عبد الله العاني. ط1، الكويت: وزارة الأوقاف، 1402هـ، ج1/ص214

(3) البهوتي، كشاف القناع:ج3/ص267. ابن مفلح، المبدع:ج4/ض151. ابن مفلح المقدسي، الفروع:ج4/ص123

(4) النووي،روضة الطالبين:ج4/ص294. الزركشي، خبايا الزوايا،ج1/ص214، وكلاهما عزا الوجهين في المسألة إلى الغزالي –رحمه الله –في كتابه البسيط في الفروع (دار نشره:دار الكتب المصرية).

(5) ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج1/ص349،348. ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ص149. ابن الحاجب المالكي،جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر،(ت646هـ)، جامع الأمهات، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري.دمشق: اليمامة، 1998م، ج1/ص340.

(6) ابن الحاجب، جامع الأمهات، ج1/ ص340

(7) ابن رشد: المقدمات الممهدات، ج1/ص348، 349.

كالنسيان أو الغلط أو تدليس بعض النقود المتصارف بها أو السرقة من تلك النقود وما أشبه ذلك مما يغلب على أحد المتعاقدين أو كليهما(1).

وهنا إذا كان المالكية قد اعتبروا مجرد التأخير عن التقابض حال حياة المتعاقدين، ولسبب من الأسباب التي تغلب إرادة الإنسان مثل:النسيان والغلط والتدليس ونحو ذلك، اعتبروها مبطلة للعقد، فبقياس الأولى يكون الموت مبطلا للصرف إذا طرأ على أحد المتعاقدين أو كليهما قبل التقابض؛ لأن الموت من الأمور التي تغلب الإنسان –بل من أشدها، لكونه لا يسبب تأخير القبض فحسب، بل يسبب انعدام التصرف من الميت على التأبيد.

وهذا الرأي يلحق برأي الجمهور الأول.

وأما القول الآخر عندهم في مسألة تأخير التقابض على وجه الغلبة :– فهو أن هذا التأخير لا يمنع المناجزة، ومن ثم فلا يؤدي إلى ربا النسيئة، فلا يبطل عقد الصرف في هذه الحالة إذا ما تم التقابض في مجلس العقد.

وبناء على هذا القول، فإن موت أحد المتعاقدين قبل التقابض، لا يمنع الورثة من القيام مقام مورثهم في ذلك، فإذا لم يقم ورثته مقامه بالتقابض فلا يكون عقد الصرف باقيا لا حقيقة ولا حكما، وأما إذا قاموا مقامه بالتقابض، فإن عقد الصرف الأول لا يكون ثابتا حقيقة مع ورثة المتوفى؛ لأن الشيء لا يثبت مع فقد شرط ثبوته، وإنما يكون العقد مع ورثته بمنزلة عقد جديد يقع التقابض فيه متصلا به(2).

ومن الأمور التي قد تغلب على أحد المتعاقدين هروب المتعاقد الآخر منه، فعلى القول الثاني عند المالكية فإنه لا يفسخ العقد معه؛ لوقوع أصل البيع على الصحة، وإنما أراد المتعاقد الآخر بهروبه من صاحبه قبل التقابض فسخ العقد بالتأخير، وذلك إما لاستغلائه ذلك البيع أو ندمه ونحو ذلك، فيعامل بنقيض قصده كي لا تتخذ مثل هذه الطريقة ذريعة لحل العقود اللازمة، كما يحرم القاتل من الميراث مثلا(3). وعليه فإنه يمكنني البناء على مثل هذا القول الذي ينظر إلى نية المتعاقد، فأقول بما أن الموت سبب قهري للفرقة، وإنما كانت نية المتعاقدين متجهة نحو إتمام ذلك العقد لولا ذلك الأمر القهري، فيعامل كلا المتعاقدين بناء على هذه النية، إضافة إلى تصحيح العقد اللازم ما أمكن إلى ذلك سبيلا، وعليه فيجوز قيام الورثة مقام مورثهم بالتقابض في عقد الصرف.

وهذا الرأي يلحق بالرأي الثاني في المسألة، والله تعالى أعلم.

- **أدلة الفقهاء:–**

- **أدلة القول الأول:–**

استدل الفريق الأول على بطلان عقد الصرف بموت أحد المتعاقدين بما يلي:–

1– إن تقابض العوضين في المجلس من تمام عقد الصرف؛ إذ إنه شرط صحة فيه، فالعبرة ببقاء العاقدين، سواء أكانا مالكين أم نائبين؛ كالوكيل والأب والوصي؛ لأن حقوق العقد راجعة إليهما.

---

(1) ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ص348
(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص307
(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص307

وحيث إن الموت (مفارقة الروح) يعتبر أعظم من مفارقة الأبدان، كما جاء في تعليل إحدى الروايتين عند الشافعية في سقوط خيار المجلس بموت أحد المتعاقدين، فإنه يبطل عقد الصرف بموت أحد المتصارفين لفوات شرط صحة العقد بفرقة المتعاقدين بالموت قبل التقابض(1).

2- أما الحنابلة فمع أنهم استدلوا على قولهم ببطلان العقد بموت أحد المتصارفين قبل التقابض، بعدم تمام عقد الصرف في هذه الحالة؛ إلا إنهم اعتبروا أن القبض في عقد الصرف كالقبول الذي لا يتم عقد البيع إلا به. وبناء على ذلك فإذا افترق المتعاقدان قبل القبض فلا بيع بينهما أساسا كما نقل ذلك ابن مفلح عن الخرقي. وعلق ابن مفلح على القول ببطلان العقد في هذه الحالة؛ بأن القول بالبطلان يوحي بأن العقد كان موجودا ثم بطل، وليس الأمر كذلك، لعدم انعقاده أصلا، لعدم وجود القبول(2).

3- ويستدل لرأي المالكية بذات الأدلة التي استدلوا بها على الأصل عندهم:وهو أن يقع التقابض بين المتعاقدين على الفور في مجلس العقد، خلافا للجمهور الذين اشترطوا التقابض في نفس المجلس، لكن ليس على الفور :-

وقد استدلوا جميعا بما رواه عمر بن الخطاب عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم قال:[الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء](3). إلا إنهم اختلفوا في رأيهم بناء على اختلافهم في تفسير كيفية تحقق لفظ (هاء بهاء):-

جاء في عون المعبود (هاء) بالمد والقصر:اسم فعل بمعنى:خذ، وهو من قول الشخص لآخر:هاك، فأسقطوا الكاف، وعوضوه المدة بدلا منها(4).

وجه الاستدلال عند المالكية:- إن هذا اللفظ لا يتحقق إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور، حتى إذا تراخى القبض عن العقد، وإن كانا ما يزالان في مجلس العقد، بطل الصرف؛ لأن مضمون هذا اللفظ أن يقول أحد المتصارفين للآخر: خذ هذا، فيقول الآخر مثله(5).

فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتأخير عن القبض في نفس المجلس، ولو كان التأخير على وجه الغلبة في أحد الأقوال، فبقياس الأولى يكون التفرق بين المتعاقدين قبل القبض مبطلا للعقد، خاصة وأنه حصل بالموت فرقة أبدية.

مناقشة الدليل: ذهب الجمهور إلى القول بأن هذا اللفظ (هاء بهاء) يتحقق بالتقابض في المجلس، دون اشتراط الفورية بين العقد والقبض(6).

(1) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3/ص27، 28

(2) السمرقندي: تحفة الفقهاء، ج3/ص27، 28. البهوتي، كشاف القناع:ج3/ص267. ابن مفلح، المبدع:ج4/ ص151. ابن مفلح المقدسي، الفروع:ج4/ص123

(3) رواه البخاري ومسلم؛ انظر: البخاري: صحيح البخاري، ج2/ص761، باب:بيع الشعير بالشعير، رقم الحديث:2065. ورواه مسلم بلفظ: [الورق بالذهب ربا إلا ها وهاء...] مسلم: صحيح مسلم، ج3/ ص1209، رقم الحديث: 1586

(4) الآبادي، عون المعبود، ج9/ص141

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ص49. الآبادي، عون المعبود، ج9/ص141

(6) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ص49

- أدلة القول الثاني (القائلين بعدم بطلان عقد الصرف بموت أحد العاقدين قبل التقابض):-

بنى الشافعية رأيهم في هذه المسألة قياسا على الأصح عندهم في بقاء خيار المجلس بعد موت أحد المتعاقدين، ومن ثم فإنه ينتقل إلى الورثة بعد موت مورثهم؛ وذلك لأن الخيار إنما يبطل بتفارق المتعاقدين ببدنيهما، فخرج بذلك فرقة الروح بالموت، وكذلك فرقة العقل، إما بالجنون أو الإغماء ونحو ذلك، فلا يسقط خيار المجلس فيما لو مات أحدهما أو جن، بل ينتقل هذا الخيار إلى ورثته أو إلى وليه(1).

ومن ثم يطبق هذا الرأي عندهم على القبض في عقد الصرف؛ فتكون الفرقة المبطلة لعقد الصرف قبل التقابض مقصورة على فرقة البدن، وأما فرقة الروح بالموت، فلا تكون مبطلة للعقد، ومن ثم ينتقل التزام المتوفى بالقبض إلى ورثته، وذلك لأن القبض شرط صحة العقد، فإن لم يقوموا بالقبض والإقباض بطل العقد(2).

<u>المناقشة والترجيح:-</u>

الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الجمهور؛ وهو أن عقد الصرف يبطل بموت أحد المتعاقدين فيه قبل القبض؛ وذلك لكون القبض في المجلس مشترطا في صحة هذا العقد، فإذا ما انعدم شرط الصحة بافتراق المتعاقدين قبل التقابض، انعدم المشروط تبعا له؛ إذ إن الفرقة بالموت هي أعظم الفرقتين، حيث لا يتصور بعدها لقاء ولا تقابض أبدا.

إلا إن تعليل الحنابلة لبطلان عقد الصرف بموت أحد المتعاقدين يخالف قولهم بكون القبض شرط صحة في عقد الصرف؛ لأنهم يجعلون القبض كالقبول في البيع في هذا التعليل، والقبول هو شرط لانعقاد العقد أساسا، وهم بذلك يجعلون القبض شرط انعقاد للصرف.

وسواء أكان التقابض مشترطا على الفور أو على التراخي في مجلس العقد؛ فإن اللفظ (هاء بهاء) الوارد في الحديث الشريف، والذي يتحقق بالمناجزة على رأي المالكية، أو بمجرد التقابض في مجلس العقد دون اشتراط المناجزة، فإن هذا اللفظ لا يتصور إلا من ذات المتعاقدين، على أن يتم تقابضهما في ذات المجلس. وإن قيل بجواز قبض الورثة مكانهما بعد موت أحدهما أو كليهما، أدى إلى التأخير في التقابض في عقد الصرف، ومن ثم فيؤدي إلى الوقوع في الربا -ربا النسيئة- ضرورة ذلك التأخير. وهو ما حذر منه الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ بقوله: [إلا هاء وهاء](3)، وبقوله: [لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا

---

(1) الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ص26، 27
(2) النووي، روضة الطالبين:ج4/ص294. الزركشي، خبايا الزوايا،ج1/ص214
(3) سبق تخريجه ص121

الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبعوا منها غائبا بناجز]، أي حاضر[1].][2]. وبقوله :-[يدا بيد][3].

وفي الحديث الشريف: [لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل،ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبعوا منها غائبا بناجز]، أي حاضر[4].

وكذلك شدد الصحابة على ذلك؛ بحيث نصوا على أن لا تكون هنالك فرقة أبدا بين المتعاقدين؛ كما جاء في الموطأ عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر، عن عمر بن الخطاب قال: لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل، ولا تُشِفُّوا[5] بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا شيئا منها غائبا بناجز، وإن استنظرك إلى أن يلج بيته فلا تنظره، إني أخاف عليكم الرماء. والرماء هو الربا[6].

وجه الاستدلال:- في هذا الأثر وغيره دليل على ضرورة التحرز عن مجرد التأخر في القبض، فضلا عن التفرق قبل القبض، حيث نهى عمر بن الخطاب مثلا عن مجرد انتظار المتعاقد صاحبه لأن يدخل بيته قبل أن يتم التقابض. كما نهى عن بيع عوض ناجز ــ أي حاضر ــ في عقد الصرف بآخر غائب.

ثم إن القول بجواز قبض الورثة بعد موت مورثهم في مجلس العلم بالموت مثلا، سيؤدي إلى عقد الصرف في مجلس جديد، وبإيجاب وقبول جديدين، لإعادة لفظ:هاء وهاء، إذ يجب أن لا يكون مجرد قبض لأحد العوضين؛ لئلا يدخل في الربا، ومن ثم يكون ذلك التقابض الحاصل بين ورثة المتوفى والطرف الآخر بمثابة عقد جديد، وليس امتدادا للعقد الأول؛ مما يؤكد بطلان العقد الأول بموت أحد المتعاقدين، والله تعالى أعلم.

---

(1) ابن منظور، لسان العرب:ج5/ص413، 414. والحديث أخرجه البخاري في صحيحه ج2/ص 761، رقم الحديث: 2068

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، ج2/ ص761، رقم الحديث: 2068. كما أخرجه مسلم في صحيحه، ج3/ص1208، رقم الحديث: 1584.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه: ج2/ ص726، رقم الحديث: 1955، عن أبي المنهال قال: سألت البراء بن عازب وزيد بن أرقم عن الصرف فقالا: كنا تاجرين على عهد رسول الله- صلى الله عليه وسلم، فسألنا رسول الله- صلى الله عليه وسلم- عن الصرف، فقال:- [إن كان يدا بيد، فلا بأس. وإن كان نساء فلا يصلح].

(4) ابن منظور، لسان العرب:ج5/ص413، 414. والحديث أخرجه البخاري في صحيحه ج2/ص 761، رقم الحديث: 2068

(5) لا تُشِفُّوا:- أي لا تفضلوا؛ والشِّف من أسماء الأضداد؛ حيث يطلق على الزيادة، كما يطلق على النقصان(ابن منظور، لسان العرب، ج9/ ص181. الجزري، النهاية، ج2/ ص486)

(6) أخرجه مالك في الموطأ، ج2/ص635، باب: بيع الذهب بالفضة تبرا وعينا، حديث رقم:1304

المبحث الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد بيع الربويات

- **المطلب الأول:- تعريف عقد بيع الربويات**

الربوي لغة: نسبة إلى الربا؛ وهي الزيادة[1].

والربا شرعا: عقد على عوض مخصوص، غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد، أو مع تأخير أحد البدلين أو أحدهما [2].

ويقصد بالربويات (الأموال الربوية):- هي تلك الأموال المشار إليها في الحديث الشريف؛ حيث قال عليه السلام :-[الذهب بالذهب مثلا بمثل، والفضة بالفضة مثلا بمثل، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، والملح بالملح مثلا بمثل، والشعير بالشعير مثلا بمثل. فمن زاد أو ازداد فقد أربى. بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد] [3]. وكذلك ما يقاس عليها من الأموال مع اختلاف العلماء في علة هذه الأصناف المذكورة.

وأما **بيع الربويات:-** فهو بيع جائز لواحد من هذه الأصناف المذكورة في هذا الحديث أو مما قاسه العلماء عليها بجنسه أو بجنس مخالف له من هذه الأصناف، على أن لا يكون كلا العوضين نقدا؛ لأن العقد عندئذ يكون صرفا، وقد تقدم بحث أثر الموت فيه، وكذلك أن لا يكون أحد العوضين نقدا، لأن البيع عندئذ يعتبر بيعا مطلقا(وهو بيع الثمن بالمثمن)؛ كبيع القمح بالنقود[4]، وقد سبق بحثه كذلك.

وإنما سمي هذا النوع من البيوع ببيع الربويات؛ لأنه يتناول الأصناف المذكورة في الحديث السابق مع مراعاة الشروط الخاصة في مثل هذا العقد لتجنب ربا النسيئة أو ربا الفضل الذي قد يدخل في هذا العقد مع تخلف أحد شروطه. ولا يقصد بعقد بيع الربويات صحة البيع مع وجود الربا، إذ إن الربا محرم معلوم من الدين بالضرورة.

- **المطلب الثاني:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد بيع الربويات**

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا تفرق المتعاقدان ــ سواء أكان ذلك التفرق بالموت أم بغيره ــ بعد التقابض فيما لا يجوز بيعه نساء في مجلس عقد بيع الربويات، فإنه لا يبطل هذا العقد بعد تمامه.

كما اتفق الفقهاء على عدم بطلان عقد البيع بتفرق أحد المتعاقدين قبل التقابض في عقد بيع الربوي بغير جنسه من الربويات، وكان أحد العوضين في ذلك البيع ثمنا(نقدا)؛ كبيع القمح بالنقود مثلا؛ وذلك لأن هذا البيع يعتبر بيعا مطلقا(وهو بيع الثمن بالمثمن)[5].

---

(1) البعلي، المطلع، ج1/ ص239

(2) الأنصاري، فتح الوهاب، ج1/ص276

(3) أخرجه الترمذي في سننه، ج3/ ص541، رقم الحديث: 1240. وقال أبو عيسى (الترمذي):- حديث عبادة هذا حديث حسن صحيح.

(4) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، (ت620هــ)، عمدة الفقه، تحقيق عبد الله سفر العبدلي ومحمد دغيليب العتيبي. الطائف: مكتبة الطرفين، ج1/ ص48

(5) ابن قدامة، عمدة الفقه، ج1/ ص48

لكنهم اختلفوا في حالة ما إذا مات أحد المتعاقدين قبل التقابض فيما لا يجوز بيعه نساء من الربويات بعضها ببعض، ولم يكن أحد العوضين نقدا، فهل يبطل العقد بموته أم لا[1]؟

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء ابتداء في اشتراط التقابض في المجلس أو عدم اشتراطه فيما لا يجوز بيعه نساء من الربويات[2]؛ فالذين لم يقولوا باشتراطه، ذهبوا إلى القول بعدم بطلان العقد بموت أحد المتعاقدين قبل التقابض، ومن ثم يقوم ورثة المتوفى مقامه في التقابض. وأما الذين اشترطوا التقابض؛ فبعضهم صرح بجواز قيام ورثة المتوفى مقامه في القبض، وبعضهم لم يذكر أساسا حكم الفرقة بين المتعاقدين بالموت، مما دفعني إلى الاجتهاد بتخريج رأيهم في هذه المسألة.

مذاهب الفقهاء :-

- **مذهب الحنفية:-**

لم يشترط الحنفية التقابض بين المتعاقدين لصحة عقد بيع الربويات – عدا الصرف (وهو بيع الأثمان من ذهب وفضة بعضها ببعض)؛ وإنما قالوا بالإكتفاء بتعيين المبيع الربوي ؛ وذلك لأن المبيع الربوي ــ عدا الصرف ــ مبيع متعين، فيتمكن من التصرف فيه، ومن ثم فلا يشترط في صحة بيعه القبض؛ كبيع الثوب بالثوب. وذلك لأن فائدة العقد تتمثل في تمكن المتعاقد من التصرف بالمبيع، وهو يتمكن من ذلك بمجرد التعيين في هذا العقد، وهذا بخلاف عقد الصرف، حيث يشترط القبض فيه للتعيين؛ لأن النقود لا تتعين بمجرد التعيين دون القبض. ويحتمل قوله عليه السلام في الحديث :[يدا بيد] أن يكون المقصود به إما القبض لأنه آلته، أو أن يكون المقصود به التعيين؛ لأنه يكون كذلك بالإشارة باليد. والحديث الذي رواه عبادة بن الصامت عن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ [إلا سواء بسواء عينا بعين][3] تفسير لهذا المحتمل؛ ولو كان المراد ب(عينا بعين) نفس القبض، لما كان هنالك فائدة لهذا اللفظ، لأن القبض يحصل به التعيين ضرورة، فكان هذا اللفظ بيانا للمحتمل[4].

وبناء عليه فإنه إذا مات أحد المتعاقدين أو كلاهما قبل التقابض، لم يبطل عقد بيع الربوي بالموت، ومن ثم يقوم ورثة المتوفى مقام مورثهم في التقابض.

- **مذهب المالكية:-**

اشترط المالكية التقابض في مجلس بيع الربويات، ومن ثم قالوا بأن الفرقة بين المتعاقدين على وجه الغلبة، قبل قبض العوضين فيما اتحد جنسه من النقود والمطعومات الربوية، فيها رأيان[5]:

الأول:- تمنع هذه الفرقة من المناجزة المشترطة في العقد، ومن ثم تؤدي إلى ربا النسيئة، وبناء على هذا القول يبطل عقد البيع بهذه الفرقة.

---

(1) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص101
(2) ابن رشد، الحفيد، بداية المجتهد، ج2/ ص101
(3) رواه مسلم في صحيحه ج3/ ص1210، رقك الحديث: 1587، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا.
(4) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص18، 19، 20. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص178
(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ص149. ابن الحاجب، جامع الأمهات، ج1/ ص340

أما القول الثاني:– بأن مثل هذه الفرقة على وجه الغلبة لا تمنع المناجزة المشترطة في عقد بيع الربويات؛ لكونها واقعة على وجه الإكراه والغلبة، ومن ثم فلا يبطل هذا البيع، ويتم التقابض بعد زوال سبب الفرقة الواقعة على وجه الغلبة.

وقد عدد المالكية من أسباب الفرقة على وجه الغلبة:– النسيان، الإكراه، الغلط. ولم يشيروا إلى حكم الفرقة بالموت. وبرأيي أنه يمكن إلحاق الموت – موت أحد المتعاقدين أو كليهما – ضمن هذه الأسباب؛ لكونه من العوارض السماوية التي تؤدي إلى الفرقة بين المتعاقدين على وجه الغلبة، بل إنه أقوى هذه الأسباب؛ لأنه يؤدي إلى الفرقة الأبدية. ومن ثم يطبق على حالة موت أحد المتعاقدين أحد هذين الحكمين :إما القول ببطلان العقد، ومن ثم لا يترتب أي التزام على ورثته. أو القول الثاني: وهو القول بعدم بطلان عقد البيع، ومن ثم يقوم ورثته مقامه في القبض والإقباض، فإذا ما قصروا عن ذلك انفسخ العقد؛ لفوات شرط صحته؛ وهو القبض قبل التفرق. ويكون المقصود بالتفرق في هذه الحالة: فرقة ورثة المتوفى مع المتعاقد الآخر، لكون الورثة يقومون مقام مورثهم في التزامه بالتقابض في المجلس.

– مذهب الشافعية:–

صرح الشافعية بالقول بأنه إذا مات أحد المتعاقدين أو كلاهما قبل التقابض في مجلس عقد بيع الربويات، فإنه يُكْتَفَى بالتقابض مع ورثة المتوفى؛ ذلك أنهم وإن اشترطوا التقابض قبل التفرق في بيع المطعوم؛ سواء أكان برا أو شعيرا أو فاكهة ونحو ذلك، لقوله عليه السلام: [يدا بيد]، إلا أن المراد بالتقابض عندهم ما يعم القبض، حتى إنه يكفي قبض الوكيل عن العاقدين أو أحدهما وهما في المجلس كذلك[1].

ولكنهم اختلفوا في اشتراط وجود الوارث في المجلس عند موت مورثه لصحة قيامه بالتقابض مقام مورثه؛ فمنهم من اشترط وجوده كالزركشي. ولكن الشرواني بيَّن أن الأوجه هو اعتبار قبضه في مجلس علمه بالموت، وإن لم يكن في مجلس المتعاقدين ابتداء؛ وذلك لأن الموت بمنزلة الإكراه على التفرق، وهو لا يضر على المعتمد؛ فتكون غيبة الوارث عن مجلس العقد قبل علمه بالموت، بمنزلة إكراه الوارث على مفارقة المجلس، فإذا علم بموته، كان مجلس علمه بمنزلة مجلس زوال الإكراه، فلا بد من قبضه قبل مفارقة مجلس علمه، بحيث يحضر المعقود عليه إليه في ذلك المجلس، أو يوكل من يقبضه عنه مع بقائه هو في مجلس العلم بموت مورثه[2].

ولو تُوُفِّيَ كلا المتعاقدين قبل التقابض، لم يُشْتَرَط قبضُ ورثتهما بموجب هذا العقد قبل مفارقة جثتي المورثين المتوفيين؛ ذلك أن المورث بموته خرج عن أهلية الخطاب بالقبض وعدمه، فأصبح كالجمادات[3].

فإن كان الوارث واحدا، فتعتبر مفارقته للمجلس مبطلة للعقد. لكن إن تعدد الورثة :– فبالنسبة للقبض من الطرف الآخر؛ فالعبرة لمفارقة آخرهم للمجلس قبل القبض، وليس لمفارقة بعضهم؛ وذلك لقيام الجملة مقام المورث، فمفارقة بعضهم كمفارقة بعض أعضاء المورث للمجلس؛

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ص22. الأنصاري، فتح الوهاب:ج1/ ص277
(2) الشرواني، حواشي الشرواني، ج4/ص274
(3) الشرواني، المصدر نفسه، ج4/ص275

وهذه المفارقة غير متصورة بالنسبة للمتعاقد الحي، ولذلك فلا تكون مؤثرة في تفرق بعض الورثة عن مجلس القبض.

أما بالنسبة للإقباض؛ فلا بد من حصول الإقباض من الكل، ولو أذنوا لواحد يُقْبِضُ عنهم. أما إذا لم يأذن بعضهم في الإقباض، فيبطل البيع في حصتهم خاصة دون من أقبض، قياسا على ما لو أقبض المورث بعض عوضه، وتفرقا قبل إقباض الباقي، فيبطل البيع بما لم يقبضه[1].

- **مذهب الحنابلة:-**

وأما الحنابلة، فقد فرقوا بين أن يكون بيع الربوي بين جنسين اتفقا في علة ربا الفضل، وليس أحدهما نقدا، كبيع موزونين بعضهما ببعض، فهنا يبطل العقد بتفرق المتعاقدين قبل التقابض في المجلس. وأما إذا كان بيع الربوي ليس بين جنسين متماثلين في علة ربا الفضل؛ كبيع مكيل بموزون، ففي هذه الحالة يجوز التفرق قبل التقابض. كما يجوز التفرق قبل التقابض فيما لا تحقق فيه لعلة الربا؛ كبيع غير المكيل ولا الموزون؛ مثل:- الثياب والحيوان[2].

وبناء عليه، فإنه يمكن تخريج رأيهم في هذه المسألة على النحو التالي:- ففي حالة اشتراط التقابض في المجلس (أي في بيع الربويات المتحدة في علة ربا الفضل، وليس أحدهما نقدا)، فإنه إذا مات أحد المتعاقدين قبل التقابض، بطل العقد. وأما في حالة عدم كون القبض مشترطا في المجلس (في بيع الربويات غير المتماثلة في علة ربا الفضل، أو بيع ما لا تتحقق فيه لعلة ربا الفضل أساسا، فإنه لا يبطل العقد بموت أحد المتعاقدين قبل التقابض.

<u>المناقشة والترجيح :-</u>

مما سبق من عرض لمذاهب الفقهاء، نلاحظ عدم ذكر المالكية والحنابلة لمسألة أثر الموت في الالتزام بالتقابض في عقود بيع الأموال الربوية بعضها ببعض، مع أنهم يشترطون التقابض في المجلس في صحة هذه العقود؛ وقد يرجع ذلك لاعتبار الموت أعظم فرقة، ومن ثم يطبق على موت أحد المتعاقدين أو كليهما ما يطبق على فرقتهما حال حياتهما.

ولكن إطلاق القول بهذا الأمر، لم يكن مسلما به عند جميع الفقهاء؛حيث قال الشافعية بجواز قيام ورثة المتوفى مقامه في التقابض، كما وجد عند المالكية رأيان بالنسبة للتأخير في التقابض أو المفارقة على وجه الغلبة، دون أن يذكروا الموت من ضمن الأسباب الموجبة للمفارقة على وجه الغلبة. من هنا فلم يكن الأمر يسيرا بالنسبة إلي في محاولة تخريج رأي الفقهاء في هذه المسألة.

وأما رأي الحنفية فلم يذكر أثر الموت قبل التقابض؛ لكونه لا يشترط التقابض قبل تفرق المتعاقدين في بيع الأموال الربوية عدا عقد الصرف.

والرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الشافعية؛ حيث إنهم صرحوا باشتراط التقابض في المجلس، كما صرحوا بجواز قيام الورثة مقام مورثهم في التقابض. وهم بذلك عملوا بمقتضى الحديث الشريف: [يدا بيد]، كما التفتوا إلى كون الموت من الظروف القاهرة التي منعت المتعاقدين من التقابض بعد أن انعقد العقد، فصححوا قيام الورثة مقام مورثهم في التقابض لهذا الأمر.

---

(1) الشرواني، حواشي الشرواني، ج4/ص274

(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص71. أبو النجا:موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي،(690هـ)، زاد المستنقع، تحقيق علي محمد عبد العزيز الهندي. مكة المكرمة: مكتبة النهضة الحديثة، ج1/ ص112

المبحث السادس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة بعوض

- **المطلب الأول:- تعريف الهبة بعوض**

تعريف الهبة لغة:- اسم من الفعل(وهب)، والهبة: هي العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا، وهي صيغة مبالغة. والوهاب من أسماء الله تعالى الحسنى؛ وهو جل في علاه لا تعد نعمه وهباته لعباده ولا تحصى[1].

تعريف الهبة اصطلاحا:- وهي تمليك العين بلا عوض ـــ أي بلا شرط عوض[2]. ولا يدخل فيها تمليك المنافع بلا عوض؛ لأن تمليك المنافع بلا عوض هو عقد الإعارة [3].

ويدخل في عقد الهبة: الصدقة، ويكون التمليك فيها بقصد ثواب الآخرة، ويدخل كذلك فيها الهدية؛ وهي هبة يقوم الواهب بنقلها إلى مكان الموهوب له إكراما له، فكل من الصدقة والهدية هبة، وليس العكس [4].

وإذا وهب شخص هبة مطلقة؛ بحيث لم يقيد الهبة بثواب ولا بعدمه، فلا ثواب إن وهب لدونه أو لنظيره؛ لأنه لا شرط ولا عادة بذلك. كما أنه لا ثواب على الأظهر إن وهب لأعلى منه ونوى الثواب دون أن يشترطه، ولو كان هناك عرف أو عادة بذلك؛ كأن يهب الفقير أو الأدنى للغني هبة، رجاء أن يدفع له الغني عوضا أكبر، أو يقضي له حاجة ما؛ فما لم يصرح المتعاقدان باشتراط العوض في الهبة، فلا يلزم الموهوب له بالعوض؛ لأن مدلول اللفظ ينفي العوض، والقرينة العرفية هنا لا تساوي ذلك المدلول في الإلزام بعوض ما، كما أن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات؛ بمعنى أن العادة لا تقوى على تحويل عقد التبرع إلى عقد معاوضة [5].

وأما **الهبة بعوض:** فهي الهبة ذات الثواب المشروط أو المضمر؛ وباقترانها بهذا العوض خرجت عن كونها هبة شرعية أو لغوية؛ لأن الهبة الشرعية أو اللغوية إنما تكون على وجه المكارمة وإن كوفئ الشخص عليها، ولذلك قيل (هي تمليك بلا شرط عوض)، لأن الواهب قد يكافأ على هبته دون أن يشترط تلك المكافأة على الموهوب له، ومع ذلك تبقى هبته هبة بدون عوض. فإن اشترطت المكافأة أصبحت مبايعة خارجة عن باب الهبة [6].

- **الأحكام المترتبة على عقد الهبة بعوض:-**

1- ثبوت ملكية الموهوب للموهوب له.

---

(1) الجزري، النهاية في غريب الأثر، ج5/ص230. الرازي، مختار الصحاح، ج1/ص307
(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص687
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص 174
(4) المحلي، كنز الراغبين، ص343
(5) الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، (ت1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. بيروت:دار الكتب العلمية،1993م. نهاية المحتاج،ج5/ص423. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ص300
(6) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت 1250هـ)، السيل الجرار، تحقيق محمود ابراهيم زايد.ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ، ج3/ ص295

2- وبالمقابل ثبوت ملكية عوض ذلك الموهوب للواهب.

- **المطلب الثاني:- تكييف عقد الهبة بعوض في المذاهب الأربعة**

قبل الخوض في بحث أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة ذات الثواب، لا بد من الوقوف على تكييفات الفقهاء لعقد الهبة بعوض؛ لما في ذلك من علاقة وطيدة بمسألة البحث؛ ذلك أنه لا يمكن الوقوف على أثر الموت في مثل هذا العقد باعتباره هبة محضة؛ نظرا لطبيعة التغير الحاصلة فيه بدخول العوض عليه في مرحلة من مراحل انعقاده، سواء أكان ذلك مشترطا في العقد أم بعده، مما يقتضي تغيرا في الأحكام المترتبة عليه.

ذهب الفقهاء في تكييف هذا العقد إلى ثلاثة مذاهب:-

التكييف الأول:- وهو ما ذهب إليه زفر من الحنفية[1]، والمالكية[2]، والشافعية على الصحيح عندهم[3]، والحنابلة[4]، من القول بأن هبة الثواب إن شرط فيها ثواب معلوم صحت وتكون بيعا، ويطبق عليها أحكام البيع؛ كثبوت الخيار وحق الشفعة وضمان العهدة أو الاستحقاق، كما تملك هذه الهبة وتلزم بالعقد قبل التقابض. وأما إن شرط المتعاقدان ثوابا مجهولا فلا يصح العقد ويكون باطلا؛ لأنه عندئذ يكون بيعا بثمن مجهول وهو غير جائز.

مستند هذا التكييف:- النظر إلى معنى هذا العقد؛ حيث إن فيه معنى البيع، وهو التمليك بعوض، والعبرة في العقود للمقاصد وللمعاني لا للألفاظ والمباني، وهي قاعدة فقهية معروفة، وكما يقال بأن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة، وهبة الدين لمن عليه الدين إبراء، وهبة المنفعة بالعوض إجارة، والإعارة بعوض إجارة، فكذا في عقد الهبة بعوض فهو بيع ابتداء وانتهاء[5].

التكييف الثاني:- وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفية -عدا زفر[6] من القول بأن عقد الهبة بثواب معين، هبة ابتداء بيع انتهاء استحسانا، إذ القياس أن تكون الهبة بعوض بيع ابتداء وانتهاء كما جاء في حاشية ابن عابدين نقلا عن فتاوي قاضيخان فإذا عوض الواهب عن هبته بعوض مشروط في العقد، انقلبت الهبة بيعا جائزا بعد التقابض[7].

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص132

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج15/ ص143. القرافي، الذخيرة،ج6/ ص274. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي. بيروت: دار الفكر، 1412 هـ، ج2/ ص341

(3)المحلي، كنز الراغبين، ص345،344. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص26، ص147. الحصيني، كفاية الأخيار، ج1/ ص309. الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص424

(4) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص430. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4/ ص104. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص300. المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص250، ج7/ ص116

(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص102. المحلي، كنز الراغبين، ص345. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص447

(6) المرغيناني، الهداية، ج3/ ص229. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص132. السرخسي، المبسوط، ج12/ ص79. ابن نجيم، البحر الرائق، ج7/ ص295

(7) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج8/ ص506

وذلك إذا قال: وهبتك على أن تعوضني. أما لو قال: وهبتك بكذا؛ فهذا بيع ابتداء وانتهاء، وعلى نقيضه حالة ما لو كان الثواب غير معين–أي مجهولا في العقد– بطل اشتراطه، ومن ثم يكون العقد هبة ابتداءً وانتهاء[1].

وعلى القول بأنها هبة ابتداء، فيشترط فيها التقابض في العوضين، وقبل التقابض لا تملك الهبة، وتكون غير لازمة؛ بحيث يجوز لأي من المتعاقدين الرجوع فيها، كما وتبطل بالشيوع. وبالنسبة لكونها بيعا انتهاء، فترد بالعيب وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة، وتطبق عليها بقية أحكام البيع.

وقد جاء في تبيين الحقائق أن هبة المنفعة بعوض عقد إجارة[2]، من هنا فيمكننا القول بأنه إذا كانت الهبة منفعة معينة بشرط العوض، فإن العقد يكيف على أنه هبة ابتداء إجارة انتهاء، وعليه فإنه يطبق عليها أحكام الإجارة انتهاء لا أحكام البيع، والله تعالى أعلم.

ولم يتناول فقهاء الحنفية هذه المسألة في سياق الحديث عن عقد الهبة بعوض، واقتصروا على تكييف هبة العوض على أنها هبة ابتداء بيع انتهاء. وقد يرجع ذلك إلى أن لفظ البيع بمعناه الأعم يشمل الإجارة؛ حيث إن الإجارة بيع المنفعة كما سماها أهل المدينة[3]، ومن ثم تطبق على هبة المنافع بعوض الأحكام الخاصة بعقد الإجارة.

مستند التكييف الثاني:– استدل أصحاب هذا التكييف على ما ذهبوا إليه بأن الهبة ذات الثواب تشتمل على جهتين، فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين:البيع والهبة، وقد أمكن[4].

مناقشة الدليل:– أورد صاحب البناية شرح الهداية اعتراضا قد يورده الخصم؛ وهو أن يقال بأن المنافاة بين العقدين ــ البيع والهبة–ــ ثابتة، فلا جمع بينهما؛ إذ إن حكم البيع اللزوم وثبوت الملك فور انعقاده بلا فصل،بخلاف الهبة،حيث إن حكمها تَأَخُّرُ الملك إلى القبض.وتنافي الملازمين(حكمي هذين العقدين)، مستلزم لنا في الملزومين (العقدين)، فتتحقق المنافاة بين البيع والهبة ضرورة.

ومن ثم أجاب على هذا الاعتراض الذي افترض وقوعه:– بأنه مع أن حكم كل من العقدين متعارض مع الآخر ابتداء، إلا إن حكم كل من هذين العقدين قد ينقلب ليصبح كحكم العقد الآخر؛ فحكم البيع قد يكون غير لازم أحيانا، كما في البيع المقترن بالخيار، وقد لا يترتب الملك بمجرد العقد كما في البيع الفاسد؛ حيث إنه يتوقف فيه الملك على القبض.

---

(8) الحصكفي، الدر المختار، ج5/ ص706

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص102

(2) سبط ابن الجوزي، أبو المظفر يوسف بن قرادغلي، (ت654هـ). إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق ناصر العلي الناصر الخليفي. ط1، القاهرة: دار السلام، 1408هـ، ج1/ ص188

(3)ابن نجيم، البحر الرائق، ج7/ ص295. المرغيناني، الهداية، ج3/ ص229

وبالمقابل فإن الهبة قد تقع لازمة كالهبة للقريب، كما قد يترتب الملك عليها بلا فصل، وذلك في حالة كون الهبة أصلا في يد الموهوب له؛ وذلك لكونها غير متوقفة على القبض؛ لأنها مقبوضة وفي يد الموهوب له أساسا. والهبة قد تنقلب لتصبح لازمة وذلك بالتعويض والتقابض من الطرفين.

من هنا فلم يكن حكما هذين العقدين مطردا ولازما لهما في جميع صور انعقادهما، حتى يقال باستحالة الجمع بينهما لمنافاة ملازميهما ــ حكميهما.

كما أن المستحيل هو الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة. وعلى تكييف الحنفية فلا تتحقق هذه الاستحالة؛ لأنهم يقولون بجعل هذا العقد عند الابتداء هبة، وفي الانتهاء(أي بعد تقابض كل من الموهوب وعوضه) بيعا، فلا يكون هذا التكييف لهذا العقد مجتمعا في حالة واحدة، بل يكون انعقاد العقد على مرحلتين لكل منهما حكمه الخاص به[1].

التكييف الثالث:- وهو وإن كان لا يرقى إلى مستوى التكييفين الأولين؛ لكونه رأيا مرجوحا عند القائلين به، إلا إنه يبقى تكييفا قائما لهذا العقد، والبحث العلمي يحتم علينا ذكره. وهو ما ذهب إليه الشافعية في قول ضعيف عندهم[2]، والحنابلة في قول مرجوح عندهم[3] إلى تكييف الهبة بعوض معلوم على أنها عقد هبة.

مستند هذا التكييف:- ذهبوا إلى هذا التكييف نظرا للفظ (الهبة) بعوض، ومن ثم فتطبق أحكام الهبة ــ أي الهبة بلا عوض ــ على هذا العقد، فلا يكون هذا العقد لازما قبل القبض.

- **المطلب الثالث:- الالتزامات الناشة عن عقد الهبة بعوض**

تتلخص الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة بعوض فيما يلي:-

1- يلتزم الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له، مع مراعاة الشروط القانونية الخاصة بنقل ملكية العقار أو بعض المنقولات كالسيارات؛ وذلك بتسجيلها في الدوائر الحكومية المخصصة لذلك.

2- يلتزم الموهوب له بأداء العوض (الثواب) المشروط في العقد سواء أكان شرط العوض لمصلحة الواهب؛ كأن يشترط الواهب على الموهوب له أن يرتب له إيرادا طوال حياته مقابل هبته أو أن ينفق عليه، أم كان لمصلحة شخص ثالث أجنبي عن التعاقد[4]؛ كمن يشترط على الموهوب له أن يسكن أحد أقاربه في الدار التي وهبه إياها، أم للمصلحة العامة؛ كأن يهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية، ويشترط عليها عوض ذلك أن تنشئ مدرسة ونحو ذلك[5].

---

(1) العيني، البناية، ج 10/ ص205
(2) المحلي، كنز الراغبين، ص345،344
(3) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص381
(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج8/ ص506
(5) أبو العينين، بدران، الميراث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية، ص242

وقد يشترط العوض ابتداء في العقد، كما قد لا يكون مشروطا ابتداء ولكن يقوم الموهوب له بأداء عوض عن الهبة، بشرط أن يصرح للواهب بأن ذلك عوض عن هبته.

ويحق للواهب بناء على هذا الالتزام على الموهوب له، أن يحبس أو يمنع الموهوب له من القبض حتى يُقْبِضَهُ عوض هبته، تماما كالبيع[1].

وقد يكون هذا العوض معينا من عين أو مال، أو وفاءَ دين كان على الواهب للموهوب له، فيسقطه عنه أو يسقط جزءا منه، كما قد يكون غير معين فتلزم الموهوب له عندئذ قيمة الموهوب ابتداءً[2].

لكن الشافعية والحنابلة ذهبوا إلى القول بأنه إذا اشْتُرِطَ العوضُ في العقد ولم يُعَيَّن وإنما كان مجهولا، فهنا لا تصح الهبة بهذا العوض؛ لكونه بيعا على عوض مجهول، فيأخذ حكم البيع الفاسد؛ فيضمن الموهوب له هذه الهبة إذا قبضها وتلفت عنده، بحيث يرد مثلها إن كانت من المثليات، أو قيمتها إن كانت متقومة، كما ويردها الموهوب له مع الزيادة الحاصلة عنده فيها، سواء أكانت تلك الزيادة متصلة أم منفصلة؛ لأن تلك الزيادة إنما هي نماء في ملك الواهب لا الموهوب له، لكونه بيعا فاسدا[3].

3- ضمان العيوب القديمة في الموهوب من قبل الواهب، وكذلك في عوضه من قبل الموهوب له.
وجاء في بداية المجتهد أن العقود التي تجمع بين المكارمة وبين المعاوضة مثل هبة الثواب، فلا حكم فيها عند وجود عيب، وقيل يحكم به إن كان العيب مفسدا. وأما العقود التي يقصد منها المعاوضة فيوجد فيها الحكم عند وجود العيب، خلافا لما هو ليس من عقود المعاوضات كالهبة لغير ثواب والصدقة؛ إذ لا يحكم فيها بضمان العيوب القديمة[4].

4- ضمان الاستحقاق؛ فإذا ظهر أن الموهوب مستحق لغير الموهوب له، فللموهوب له الرجوع على الواهب في جميع العوض الذي أداه إذا كان ما يزال قائما، فإن لم يكن قائما، رجع بمثله إن كان مثليا، وبقيمته إن كان قيميا، فإن استحق جزء من الموهوب رجع بحصة ذلك الجزء من العوض الذي أداه له، كالنصف ونحو ذلك.

- **المطلب الرابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة بعوض**

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء الأربعة[5]على أن الهبة بعوض لا تبطل بموت المتعاقدين بعد القبض والإقباض للعوض والمعوض، وذلك على جميع التكييفات لعقد الهبة بعوض؛ فعلى التكييف بأنها هبة ابتداء بيع انتهاء، فإنها تلزم بعد قبض كل من الطرفين لعوض هبته، حيث تصبح بيعاً لازما انتهاء، والبيع اللازم لا يبطل بالموت. وكذلك على تكييفها على أنها بيع ابتداء وانتهاء، فهي تلزم بمجرد العقد،

---

(6) القرافي، الذخيرة، ج6/ ص274
(1) العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص338
(2) الشافعي، الأم، ج4/ ص3. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص300
(3) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ ص131
(4) المرغيناني، الهداية، ج3/ ص229. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 8/ ص470. ابن الحاجب، جامع الأمهات، ج1/ ص456. ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1/ ص242. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص405. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص303.
(5) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3/ ص228. الجصاص، أحكام القرآن، ج3/ ص185

فكذلك تكون لازمة بعد القبض من باب أولى. وعلى القول بأنها هبة، فيترتب على ذلك ثبوت ملك الموهوب له والواهب لعوضه بعد القبض والإقباض. وبناء على ذلك ينتقل ملك الموهوب لورثة الموهوب له إذا مات، كما ينتقل ملك العوض عن الهبة لورثة الواهب إذا مات مورثهم.

كما اتفقوا على أنه لا رجوع لأحد المتعاقدين ولا لورثتهما على العاقد الآخر بهبته، وذلك إذا أثيب منها(أي قبض عوض هبته)[1].

أيضا اتفقوا على أن الهبة تلزم بمجرد العقد إذا كان الموهوب في يد الموهوب له؛ سواء أكانت يده عليه يد أمانة كأن تكون وديعة عنده، أم يدأ مضمونة بأن تكون الهبة عارية أو غصبا عند الموهوب له قبل عقد الهبة، وهنا إذا مات أحد المتعاقدين بعد العقد فلا تبطل الهبة؛ لكونه قابضا لها[2].

إلا إنهم اختلفوا في لزوم عقد الهبة بعوض أو عدم لزومه، في حالة موت أحد المتعاقدين قبل التقابض، سواء أكان القبض لأعيان أو أثمان أو منافع[3]؟! ومن ثم فما مصير التزام كل من المتعاقدين فيها؟ وهل تنتقل تلك الالتزامات للورثة أم لا ؟!

سبب الخلاف:

يعود سبب الخلاف بين الفقهاء في انتقال التزام كل من المتعاقدين إلى ورثته أو عدم انتقاله بعد موته وقبل القبض في الهبة بعوض، إلى خلافهم في الأساس في تكييف هذا العقد؛ فالذين قالوا بتكييف عقد الهبة بعوض على أنه بيع ابتداء وانتهاء، قالوا بلزوم هذا العقد بمجرد إنشائه لا بالقبض، وعليه فلا يبطل هذا العقد بموت أحد المتعاقدين قبل القبض، وينتقل التزام كل من المتعاقدين إلى ورثتهما، فيقومون مقامه في الالتزام بتسليم العوض والمعوض للطرف الآخر. بينما الذين قالوا بتكييف هذا العقد على أنه هبة ابتداء بيع انتهاء، قالوا بعدم لزوم الهبة بعد موت أحد المتعاقدين قبل التقابض، ومن ثم فلا يلتزم الورثة بالقبض والإقباض، ويكونون مخيرين في ذلك؛ بناء على أن عقد الهبة لا يلزم بمجرد العقد، بل يلزم بالقبض المأذون فيه من قبل الواهب أو ورثته.

مذاهب الفقهاء:-

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:- ذهب زفر من الحنفية[4]، والمالكية[5]، والشافعية على الصحيح عندهم[6]، والحنابلة[1]، إلى القول بأن الهبة بعوض لا تنتقض بموت أحد المتعاقدين قبل التقابض، ومن ثم فإن

---

(1) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص431

(2) المقصود بقبض المنافع: استيفاء المنافع شيئا فشيئا،مقابل عوض ما .

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص132

(4) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج15/ ص143. القرافي، الذخيرة، ج6/ ص274. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني، ج2/ص341. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2/ ص160. ابن جزي،القوانين الفقهية، ج1/ ص242

(5) المحلي، كنز الراغبين، ص345،344. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص147. الحصيني، كفاية الأخيار، ج1/ ص309

التزام كل من الواهب والموهوب له، لا يسقط بموت أحدهما أو كليهما قبل التقابض للموهوب وعوضه، بل يقوم ورثة كل منهما مقام مورثهم في الوفاء بالتزامه بإقباض الموهوب، كما يكون لهم الحق في استيفاء حقه في عوض هبته.

فإذا مات الواهب قبل أن يسلم الموهوب، وقبل أن يثاب من هبته، قام ورثته مقامه بتسليم الموهوب للموهوب له، وذلك إذا دفع الموهوب له عوض تلك الهبة. وكذلك إذا مات الموهوب له قبل أن يقبض هبته، وقبل أن يدفع عوض تلك الهبة للواهب، فإن ورثته يقومون مقامه بتسليم الواهب عوض هبته، وقبض الهبة منه.

المذهب الثاني:– ذهب الحنفية –عدا زفر[2]، والشافعية في رواية ضعيفة عندهم[3] إلى القول بأنه إذا مات أحد المتعاقدين قبل التقابض في عقد الهبة بعوض انفسخ العقد، ومن ثم فلا تترتب أي التزامات على ورثة المتوفى منهما؛ لانفساخ العقد بالموت قبل التقابض.

المذهب الثالث:– وذهب الشافعية[4] بناء على القول الضعيف عندهم في تكييف عقد الهبة بعوض معلوم على أنها تبقى عقد هبة، ومن ثم فيطبق عليها أحكام عقد الهبة بغير عوض، ومن أحكامه أن الهبة لا تملك إلا بقبض أذن فيه الواهب. فإذا مات الواهب، في الفترة ما بعد إنشاء عقد الهبة وقبل قبض الموهوب، لم ينفسخ العقد بموته، بل يقوم وارثه مقامه في التخير بين الإقباض أو الفسخ[5].

وبناء على ما تقدم، فإنه إذا لم يأذن وارث الواهب للموهوب له بالقبض، بطل عقد الهبة، وإن أذن بالقبض، قام الموهوب له بالقبض، وبتسليم العوض لذلك الوارث.

وبالمقابل إذا مات الموهوب له، فلا يلزم هذا العقد قبل القبض والإقباض، ويقوم وارثه بالقبض إذا أذن له الواهب في ذلك، ومن ثم يقوم بتسليم العوض لذلك الواهب، وذلك إذا اختار وارث الموهوب له القبض؛ حيث إن وارثه كذلك يقوم مقامه في اختيار القبض أو عدمه كما هو الحال بالنسبة لوارث الواهب[6]. وإن لم يقبضه الواهب فلا هبة أساسا وتكون باطلة.

ومن الملاحظ هنا أن هذا القول يختلف عن رأي الحنفية والشافعية في القول الثاني عندهم، ببطلان الهبة بموت أحد المتعاقدين قبل التقابض؛ لأن هذا القول لا يذهب إلى إبطال العقد بمجرد

---

(6) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص430. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4/ ص104. البهوتي، كشاف القناع، ج 4/ ص300. ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، (ت795هـ)، القواعد في الفقه الاسلامي. بيروت: دار الكتب العلمية، قاعدة رقم (49)، ص68

(1) المرغيناني، الهداية، ج3/ ص229. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص132. السرخسي، المبسوط، ج12/ ص79

(2) المحلي، كنز الراغبين، ص344

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص405 ، المحلي، كنز الراغبين، ص345،344 ، الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ ص309

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص401. المحلي، كنز الراعبين، ص344. الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص415

(5) الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ ص308. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص401. البهوتي، كشاف القناع،ج4/ ص301

الموت، بل يجعل العقد موقوفا على اختيار الورثة الإقباض أو عدمه، وبناء عليه إما أن يمضي العقد إذا اختار الورثة الإقباض والقبض، أو أن ينفسخ بعدم رضاهم بذلك.

إلا إن هذين القولين ــ الثاني والثالث ــ يتفقان في بطلان إذن الواهب بالقبض إذا مات أحد المتعاقدين قبل أن يتم القبض بموجب ذلك الإذن؛ لأن الميت إن كان هو الواهب، فإن حقه في الرجوع في الهبة قبل التقابض ينتقل إلى ورثته، فلا يكون العقد لازما بغير إذن ورثة الواهب. وإن كان الميت هو الموهوب له، فلا يكون الإذن أصلا متوجها لورثته، فلا يملكون القبض بغير إذن جديد لهم من الواهب[1].

- أدلة المذاهب:-

- دليل المذهب الأول:-

1- بنى الجمهور رأيهم في هذه المسألة على تكييف عقد الهبة بعوض على أنه بيع، ومن ثم فيطبق عليه حكم عقد البيع؛ وهو ثبوت الملك في العوضين ولزومه بمجرد العقد بعد انقضاء الخيار- كخيار الرؤية والعيب، كما يترتب على كل من المتعاقدين ذات الالتزامات التي تترتب على عقد البيع اللازم. ويمثل القبض في عقد البيع المطلق أحد الالتزامات المترتبة على كلا المتعاقدين لاستقرار الملك؛ إذ يعتبر القبض فيه من موجب العقد ومقتضاه؛ لأنه يكون لازما من غير قبض. ومن ثم فإذا مات أحد المتعاقدين قبل التقابض للعوضين فلا ينفسخ هذا العقد؛ لكونه من العقود اللازمة بدون القبض، فيطبق هذا الحكم كذلك على عقد الهبة بعوض[2].

- دليل المذهب الثاني:-

1- اعتمد القائلون بهذا القول على ما ذهبوا إليه من تكييف لعقد الهبة بعوض بأنه هبة ابتداء بيع انتهاء عند الحنفية، أو أنها هبة ابتداء وانتهاء حسب القول الضعيف عند الشافعية. فما لم يحصل التقابض، ينفسخ عقد الهبة لعدم الملك؛ لأن القبض شرط في لزوم عقد الهبة، وإذا مات أحد المتعاقدين بطل عقد الهبة[3].

وهكذا فيقاس حكم عقد الهبة بعوض قبل قبض العوضين على حكم عقد الهبة المطلقة عن العوض، وبناء على ذلك فإن عقد الهبة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين قبل التقابض.

وأما عن الأدلة التي استدلوا بها على بطلان عقد الهبة بغير عوض بموت أحد المتعاقدين قبل القبض، حيث تطبق ذات الأدلة على هبة الثواب عند الحنفية ومن معهم، فيما إذا مات أحد العاقدين فيها قبل التقابض، وهذه الأدلة هي:-

---

(6) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص381. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص401. المحلي، كنز الراعبين، ص344. الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص415

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج15/ ص143. ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1/ ص242. المحلي، كنز الراغبين، ص345. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص447. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص142

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج8/ ص470. ابن نجيم، البحر الرائق، ج7/ ص292. السرخسي، المبسوط، ج12/ ص60

أ- استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: [لا تجوز الهبة إلا مقبوضة][1].

وجه الاستدلال: عدم الجواز هنا يعني عدم ثبوت حكم الهبة وهو الملك، فهذا الحديث صريح على عدم ترتب الملك على عقد الهبة قبل قبضها[2].

ب- واستدلوا كذلك بالأثرعن عائشة -رضي الله عنها- أن أبا بكر -رضي الله عنه نحلها جذاذ[3] عشرين وسقا من مال الغابة- موضع مشهور بالمدينة، فلما حضرته الوفاة قال: [والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أعز علي فقرا بعدي منك، إلا إني كنت نحلتك- وهبت لك- من مالي جذاذ عشرين وسقا[4]، فلو كنت جذذته واحترزت به كان لك ذلك، وإنما هم أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل. قالت:هذان أخواي، فمن أختاي ؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإني أظنها جارية[5].

وذكر صاحب كشاف القناع بأنه روي عن عمر وعثمان نحوه، وكذلك عن ابن عمر، وابن عباس، ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة[6].

وجه الاستدلال: هذا الأثر عن أبي بكر -رضي الله عنه- صريح في اشتراط القبض بإذن الواهب قبل موت أحد المتعاقدين، وهو هنا موت الواهب، سواء أكان أثر عدم التقابض هو بطلان العقد، أم بقاؤه موقوفا على إرادة الوارث في الإقباض أو عدمه[7].

- **مناقشة الدليل:**- ذكر المروزي أن هذا الحديث قد تأوله البعض على أنه إنما يرجع سبب رد الهبة ليس لعدم قبض قبل الموت، وإنما لكون الموهوب غير معلوم لأنه لم يقبض[8].

ج- كما إنهم قالوا بأنه لو أثبت ملك الموهوب له للموهوب قبل القبض، لكان في هذا الإثبات إلزاما للمتبرع -الواهب- لشيء لم يتبرع به؛ وهو التسليم، لأن من ضرورات الملك التسليم، فلا يصح. خلافا للوصية؛ حيث إن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت، وحينئذ لا يتصور الإلزام على المتبرع -الموصي- لانعدام أهلية اللزوم بموته، كما أن في الوصية خلافا آخر وهو أن حق الوارث متأخر عن حق الموصى له، فلا يتوقف ملك الموصى له على تسليم الوارث له،

---

(3) قال الزيلعي في نصب الراية ج4/ ص121: الحديث غريب، ورواه عبد الرزاق في مصنفه ج9/ ص107، رقم الحديث:16529، بلفظ: الهبة لا تجوز حتى تقبض، والصدقة تجوز قبل أن تقبض .

(4) العيني، البناية، ج 10/ ص205

(5) الجذاذ بضم الجيم أو بكسرها: من جذذت الشيء بمعنى قطعته ،والجذاذ:القطع المكسرة. (ابن منظور، لسان العرب، ج3/ ص479)

(1) الوسق:ما يعادل ستين صاعا .(العيني، البناية ج 10/ ص162)

(2) الحديث أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، ج6/ ص169، رقم الحديث: 11728 ، وأخرجه مالك في الموطأ، ج2/ ص752، رقم الحديث: 1438

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص301

(4) الشيرازي، المهذب، ج1/ ص447 ،العيني، البناية، ج 10/ ص162

(5) المروزي، أبو عبد الله محمد بن نصر، (ت294هـ)، اختلاف العلماء، تحقيق صبحي السامرائي. ط2، بيروت: عالم الكتب، 1406هـ، ج1/ ص276

وهذا في مضمونه رد على المالكية الذين قاسوا الهبة على الوصية والوقف في عدم اشتراط القبض[1].

– **مناقشة الدليل:**– أورد صاحب البناية اعتراضا على ما يستدل به، وهو أنه قد يقال بأن المتبرع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به في حالة كونه من تمامه لكي يصح، كمن نذر الصلاة وهو محدث لزمه الوضوء، ومن شرع في صوم أو صلاة نافلة لزمه الإتمام.

ومن ثم أجاب على ذلك بأنه مغالطة؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، كالنذر والشروع في الصوم ونحوهما، لكن الهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء، حتى أنه عند الحنفية إذا وهب وأقبض الموهوب له، جاز لهذا الواهب الرجوع في الهبة على الموهوب له، فكيف قبل التسليم، فلا يجب ما يتم به[2].

د– كما استدلوا بحديث أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت:لما تزوج رسول الله –صلى الله عليه وسلم – أم سلمة، قال لها: [إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة علي، فإن ردت فهي لك]. قالت: فكان كما قال النبي –صلى الله عليه وسلم، ردت إليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة[3].

وجه الاستدلال: هذا الحديث عن الرسول –صلى الله عليه وسلم– صريح الدلالة على بطلان الهبة بموت الموهوب له قبل قبض هبته، حيث نفى أن تكون هبته إلا مردودة عليه بسبب موت النجاشي –الموهوب له[4].

هـ– كما استدل الشافعية في الرواية الضعيفة عندهم على انفساخ عقد الهبة بالموت، بكون عقد الهبة بشكل عام من العقود الجائزة كالشركة والوكالة؛ حيث إن هذه العقود تبطل بالموت[5].

مناقشة الدليل:– ولكن الشافعية أنفسهم ردوا على مثل هذا القول بأن هنالك فرقا بين هذه العقود؛ لأن عقد الهبة يؤول إلى اللزوم؛ حيث إنه إذا قبض لزم، فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار، وهذا بخلاف عقدي الشركة والوكالة حيث إنهما لا يؤولان إلى اللزوم[6].

– **أدلة المذهب الثالث:**–

---

(6) العيني، البناية، ج 10/ ص162 ،163

(7) العيني، البناية، ج10/ ص162

(1) أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين، ج2/ ص205، رقم الحديث: 2766، وقال الحاكم: هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وأخرجه الترمذي في سننه، ج25/ ص81، رقم الحديث: 205، وجاء في جامع التحصيل ج1/ ص319: قال الترمذي: أم كلثوم بنت أبي سلمة لم تسمع من النبي –صلى الله عليه وسلم. وأخرجه أحمد في مسنده، ج6/ ص404، رقم الحديث: 27317
الحكم على الحديث:– قال شعيب الأرناؤوط:– إسناده ضعيف لضعف مسلم بن خالد، وهو الزنجي.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص400

(3) المحلي، كنز الراغبين، ص344. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص447. ابن قدامة، المغني، ج5/ ص380

(4) المحلي، كنز الراغبين، ص344. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص447

1-اعتمد الشافعية في هذا القول عندهم على رأيهم في الرواية المرجوحة عندهم التي يكيفون فيها الهبة بعوض على أنها مجرد عقد هبة؛ نظرا للفظ الهبة. وعلى الأرجح عندهم في عقد الهبة بأنه لا ينفسخ بموت الواهب أو المتهب (الموهوب له) قبل القبض، بل يقوم وارثه مقامه في القبض والإقباض؛ لكونه خليفته[1].

2- كما يستدلون على ذلك بكون عقد الهبة عقدا مآله إلى اللزوم؛ حيث يلزم بالقبض المأذون فيه، فلا ينفسخ بالموت، فالمدار في الانفساخ أو عدمه ليس على قبول الهبة أو الهدية، بل على الأيلولة للزوم وهو جار في الصدقة والهدية كذلك[2].

<u>المناقشة والترجيح:-</u>

الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل بتكييف عقد الهبة بعوض على أنه بيع ابتداء وانتهاء، ومن ثم فلا تسقط التزامات كلا المتعاقدين بموت أحدهما أو كليهما بعد العقد وقبل التقابض؛ ذلك أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فبما أن الهبة قد اشترط فيها العوض، فيكون الشرط لازما؛ إذ المسلمون عند شروطهم، وهذا بخلاف ما لو لم يكن العوض مشترطا في العقد؛ فلا إلزامية في هذا العقد، لكون العادة لا تقوى على تصيير التبرع عقد معاوضة.

وأما بالنسبة لرأي الحنفية في انفساخ عقد الهبة بعوض بموت أحد الطرفين قبل التقابض، بناء على تكييفهم لهذا العقد على أنه هبة ابتداء بيع انتهاء، فبرأيي أنه لا حاجة لهذا الخلط بين أحكام العقود، مع إمكانية تكييف هذا العقد على أنه بيع منذ الابتداء؛ حيث إن العبرة للمقاصد والمعاني كما قلنا، ومن ثم فلا عبرة بلفظ الهبة؛ نظرا لاستقلالية عقد الهبة بعوض بأحكام جعلته أقرب ما يكون لعقد البيع، وليس لعقد الهبة بدون عوض.

* فرع:- أثر موت أحد المتعاقدين في هبة المنافع بعوض

إذا كان أحد عوضي (الهبة بعوض) عبارة عن منافع، ومات أحد المتعاقدين فيها قبل استيفاء المنافع، فما مصير ذلك العقد ؟وماذا يترتب على الورثة من التزامات ؟!

بداية لا بد من الإشارة إلى أن المنافع لا تملك بموجب عقد الهبة بدون عوض، وإنما تملك بلا عوض بموجب عقد الإعارة. أما إذا كانت الهبة بعوض، فهنا تصبح من عقود المعاوضات، ومن ثم يجوز هبة المنافع بعوض كالعين.

---

(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج 5/ ص415

(6) الرملي، المصدر نفسه،ج 5/ ص415. المحلي، كنز الراغبين، ص344

وهذه المسألة يمكن تخريجها على المسألة السابقة؛ فتكيف هبة المنافع بعوض على أنها إما إجارة ابتداء على رأي الجمهور؛ وهو ما أشار إليه الزيلعي(1)، أو تكيف على أنها هبة ابتداء إجارة انتهاء، أو أنها هبة ابتداء وانتهاء.

وهنا يتفق الحكم في هذه المسألة مع الحكم في المسألة السابقة إلا بالنسبة لرأي زفر؛ حيث إنه يتفق مع الحنفية في بطلان عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين إذا كانا قد عقدا العقد لنفسيهما، ولم يستوفيا المنفعة بموجب ذلك العقد حتى مات احدهما، ومن ثم فإن عقد الهبة بعوض يبطل بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع؛ وذلك لسببين:-

1- بالنسبة للحنفية ــ عدا زفر ــ فإن عقد الهبة بعوض المنافع عبارة عن هبة ابتداء إجارة انتهاء، وإنما ينقلب العقد من هبة إلى إجارة بعد قبض المنافع، كما في قبض الأعيان مثلا، حيث لا ينقلب العقد إلى بيع إلا بعد تقابض أو تملك العوضين. وهكذا فقبل أن يتم استيفاء المنافع، فلا ينقلب العقد إلى إجارة، وإنما يبقى عقد هبة، وهي لا تلزم إلا بالقبض، وبالنسبة للمنافع، فإن قبض المنافع إنما يكون باستيفائها شيئا فشيئا، وبموت أحد المتعاقدين تعذر استيفاء المنافع؛ لانتقال ملكية العين الموهوب نفعها إلى ورثة الواهب، وبإلزامهم إيفاء المنافع منها، يكون إلزاما لهم لما لم يلتزموه ابتداء، وهذا غير جائز، كما سيأتي بيانه في عقد الإجارة. وهكذا فيبطل هذا العقد لكونه عقد هبة لم تقبض بعضها أو كلها.

2- أما بالنسبة لزفر، فيمكن تخريج قوله في هذه المسألة بناء على تكييفه لعقد الهبة على أنها بيع، فتكون هنا بيع منافع؛ وهو عقد الإجارة، وهو يقول ببطلان عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع، فكذا هنا.

وأما جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، فيمكن تخريج رأيهم في هذه المسألة على قولهم بتكييف عقد الهبة على أنها بيع؛ والإجارة بيع المنافع كما سماها أهل المدينة، ومن ثم فإنها لا تبطل بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع؛ لأن عقد الإجارة عندهم لا يبطل بموت أحد المتعاقدين في هذه الحالة.

والذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الجمهور؛ لما سبق أن ذكرته في ترجيح رأيهم في المسألة السابقة، ولأن هذا القول يتوافق مع رأيهم في عدم بطلان عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين فيها، كما سيأتي بيانه في الفصل اللاحق ــ بإذن الله تعالى.

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص102

المبحث السابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح بعوض

• المطلب الأول:- تعريف عقد الصلح بعوض

الصلح لغة:- وهو الاسم من صلح، يذكر ويؤنث. ويطلق في اللغة على معنيين؛ هما: الصلح هو السِّلم. والصلاح ضد الفساد [1]. ومن هذين المعنيين يستفاد المعنى في **الاصطلاح الشرعي**، حيث إن عقد الصلح شرعا يرفع به النزاع الواقع أو المتوقع حصوله، ويحصل به السلم والإصلاح بين المتعاقدين ومن حولهما كذلك.

وقد عرفه ابن عرفة من المالكية بأنه انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه[2]. وتفسير هذا الحد كما يلي[3]:-

أما قوله (انتقال عن حق):- يدخل فيه صلح الإقرار.

وقوله (أو دعوى):- يدخل فيه صلح الإنكار.

(بعوض):- يتعلق بانتقال، ويخرج به الانتقال بغير عوض، فلا يسمى صلحا.

(لرفع نزاع):- يخرج به بيع الدين لمن عليه الدين.

(أو خوف وقوعه):- يدخل فيه الصلح عن إقرار وإنكار وسكوت.

وهو عند الشافعية: عقد مخصوص يحصل به قطع النزاع، والموافقة بين مختلفين[4].

وأما صورة الصلح بعوض:- فهو أن يعترف المُصالِحُ للمصالَح بعين في يده، أو دين في ذمته، ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به[5].

و**حكم عقد الصلح** بشكل عام يتلخص في قطع النزاع بين المتداعيين، حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك[6].

• المطلب الثاني:- أنواع الصلح

يختلف تقسيم الصلح باختلاف موضوع التقسيم، ومن هذه التقسيمات:-

أ- قسم الفقهاء الصلح بحسب موضوعه:

1- الصلح في الأموال.

2- الصلح في الدماء.

والذي يتناوله موضوع البحث هنا هو الصلح في الأموال؛ لكونه من عقود المعاوضات المالية وأما الصلح في الدماء فبحثه إنما يختص بالعقوبات والجنايات.

ب-قسم الفقهاء الصلح بحسب إقرار المدعى عليه على ثبوت دين أو عين للمدعي أو عدمه إلى ثلاثة أقسام:

1- الصلح مع الإقرار أو مع حجة أخرى غير الإقرار تقوم مقامه:- وهو أن يصالح المدعى عليه المدعي على ما ادعاه من حقه، مع إقرار هذا المدعى عليه بثبوت ذلك الحق للمدعي، أو مع

---

(1) الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص154. ابن منظور، لسان العرب، ج2/ ص517
(2) المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص81. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص79
(3) النفراوي، الفواكه الدواني، ج2/ ص231
(4) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص187. الغمراوي، السراج الوهاج، ج1/ ص233
(5) ابن قدامة، المغني، ج4/ ص312
(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص54

وجود البينة القاطعة بثبوت ذلك الحق للمدعي؛ كإقامة البينة على حقه من قرائن أو شهود، أو إثبات حقه باليمين المردودة (وهو أن يُحَلِّفَ القاضي المدعى عليه فيرفض الحلف)[1].

2- الصلح مع الإنكار:- وهو أن يدعي إنسان على آخر بأن له عينا في يده، أو دينا في ذمته، فينكره المدعى عليه، وبالرغم من إنكاره يصالحه على مال.

وشرطه اعتقاد المدعي حقيقة ما ادعاه، بينما يعتقد المدعى عليه بأن ذلك الشخص ليس له عنده حق. وأما إن كان أحدهما عالما بكذب ما ادعاه، فهذا الصلح يكون في ظاهره صحيح؛ لكنه باطل في باطنه في حق الكاذب منهما؛ لأنه أكل لأموال الناس بالباطل، فما يأخذه من صاحبه حرام شرعا[2].

3- الصلح مع السكوت:- وهو أن يسكت المدعى عليه وهو يجهل حقيقة ثبوت ذلك الحق للمدعي الذي ادعى عليه عينا أو دينا، ثم يصالحه على مال.

- مشروعية هذه الأنواع عند الفقهاء[3]:-

ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الأربعة إلى القول بمشروعية عقد الصلح مع الإقرار أو ما يقوم مقام الإقرار.

ولكنهم اختلفوا في مشروعية النوعين الآخرين، مع الإشارة إلى أن حكم صلح السكوت هو ذاته حكم صلح الإنكار؛ من حيث إن السكوت يحتمل كلا الأمرين: الإنكار أو الإقرار، إلا إنهم غلبوا فيه جانب الإنكار في إعطائه حكمه؛ لأن الأصل براءة الذمة وعدم اشتغالها بحقوق للآخرين.

وفيما يخص الصلح مع الإنكار فقد ذهب الفقهاء من الحنفية[4] والمالكية[5] والحنابلة[6] إلى القول بمشروعية هذا النوع من الصلح. لكن الشافعية[7] لم يجيزوه، واعتبروه من قبيل الصلح الذي أحل حراما أو حرم حلالا؛ حيث قال عليه السلام:- [الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا، أو أحل حراما][8].

ج- كما ينقسم الصلح بحسب أقرب العقود إليه وأشبهها به:-

إن عقد الصلح الموضوع أساسا لرفع النزاع، إنما هو موضوع شرعا لعقود متعددة، فيعتبر ويُكَيَّف بحسب أقرب العقود إليه وأشبهها به، وليس له موضوع خاص ينصرف إليه لفظه حتى

---

(1) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص187. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص82

(2) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2/ ص203

(3) لست هنا بصدد بحث مشروعية هذه الأنواع بشكل تفصيلي، وإنما فقط أردت الإشارة إلى وجود خلاف في هذه الأنواع، ولمزيد من التفصيل، فقد أحلت إلى عدة مراجع في كل مذهب.(انظر: السرخسي، المبسوط، ج30/ ص223. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص364، ص374. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص180. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص397).

(4) السرخسي، المبسوط، ج30/ ص223. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص31. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص40

(5) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص364، ص374. الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص311

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص397

(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص180. الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص47

(8) الحديث أخرجه:- أبو داود في سننه: ج3/ ص304،رقم الحديث: 3594. وأخرجه الترمذي في سننه: ج3/ ص634، رقم الحديث: 1352 ،وقال: حديث حسن صحيح .

نغلبه فيه، ولذلك فيتحتم فيه تحكيم المعنى؛ وذلك مراعاة لتصحيح تصرف العاقد بقدر الإمكان؛ ولأن العبرة للمقاصد والمعاني دون الألفاظ والمباني. ومن ثم تطبق أحكام تلك العقود على عقد الصلح(1).

وبناء عليه فقد اختلفت تقسيمات الفقهاء لهذا العقد بحسب أقرب العقود إليه؛ فمنهم من قسم الصلح إلى ستة أقسام كما هو عند الشافعية، وهي بيع وإجارة وعارية وهبة وسلم وإبراء(2)، ومنهم من جعلها دائرة بين خمسة أقسام هي: البيع والصرف والإجارة ودفع الخصومة والإحسان(3). ومنهم من قصرها على ثلاثة أقسام هي:- بيع أو إجارة أو هبة(4).

وبيان ذلك كما جاء في أقوال الفقهاء:-

ذكر القرافي أن الصلح في الأموال دائر بين خمسة أمور: [البيع إن كانت المعاوضة فيه عن أعيان، والصرف إن كان فيه أحد النقدين عن الآخر، والإجارة إن كان الصلح عن منافع، ودفع الخصومة إن لم يتعين شيء من ذلك، والإحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير الجاني. فمتى تعين أحد هذه الأبواب روعيت فيه شروط ذلك الباب](5).

فالصلح إذا كان مع الإقرار، وكان على غير جنس الحق المصالح عنه فيكون صلح المعاوضة، ومن ثم فإنه لا يخلو إما أن يكون صلحا عن مال بمال، فيكون في هذه الحالة بيعا للعين المدعاة من المدعي للمدعى عليه. والبيع يندرج فيه بالمعنى الأعم: السلم والصرف، أو أن يكون صلحا عن مال بمنافع فيكون عندئذ إجارة.

وأما إن كان عن سكوت أو إنكار، فيختلف حكمه بالنسبة لكل من المتعاقدين فيه؛ إذ يكون معاوضة في حق المدعي، ومن جهة أخرى يكون لدفع اليمين فحسب في حق المدعى عليه، ولا يكون معاوضة في حقه.

وإذا كان على جنس الحق المصالح عنه فيعتبر عندئذ وفاء لذلك الحق، إما بطريق الإبراء عن بعض الدين مثلا، أو بطريق الهبة بوضع بعض الحق، وهذا النوع من الصلح ليس صلح معاوضة، وإنما صلح الحطيطة كما يسميه فقهاء الشافعية.

كما جاء في تبيين الحقائق: [إذا وقع عن مال بمال ينظر؛ فإن وقع على خلاف جنس المدعى، فهو بيع وشراء، وإن وقع على جنسه، فإن كان أقل من المدعى، فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا](6).

وهنا يشير إلى مراعاة شروط العقود التي يكيف الصلح على أساسها، فإذا كان الصلح على جنس المدعى، فهنا يجب الحذر فيما إذا كان الصلح عن مال ربوي بمال ربوي من جنسه، فلا تجوز الزيادة أو النقصان لكونه ربا، وهكذا.

---

(1) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3/ ص194. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص31 -33، ص37
(2) الرملي، نهاية المحتاج، ج 3/ ص387
(3) القرافي، الذخيرة، ج5/ ص344
(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص309. خليل، مختصر خليل، ج1/ ص209
(5) القرافي، الذخيرة، ج5/ ص344
(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص31

والذي يخص موضوع البحث من أنواع الصلح هو صلح المعاوضة في الأموال.

- **المطلب الثالث:- الالتزامات الناشئة عن عقد صلح المعاوضة**

تتلخص هذه الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح فيما يلي[1]:-

1- تمليك المدعي للمصالح عليه أو به (بدل الصلح).

2- تمليك المدعى عليه المصالح عنه.

3- التزام المدعي بعدم رفع الدعوى بخصوص المصالح عنه ذاته على التأبيد، وحتى لو ظهر لديه بينة فيما بعد الصلح تدعم حقه في ذلك المصالح عنه؛ وذلك لأن الصلح عقد لازم، يسقط دعوى المدعي، وهو بهذا الأمر يشبه حكم القاضي الذي يحسم النزاع ويمنع تجديد نفس الخصومة.

وأما فيما يتعلق بتحديد الالتزامات الناشئة عن كل عقد من عقود الصلح بشكل خاص، فينبغي أن ينظر أولا في نوع الصلح وتقريبه إلى أشبه العقود المسماة؛ كالبيع والإجارة ونحو ذلك، ومن ثم فيأخذ الصلح أحكام ذلك العقد، وما يترتب عليه من التزامات محققة لتلك الأحكام.

- **المطلب الرابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح**

ينقسم البحث في أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح إلى قسمين:-

فإما أن يموت أحد المتعاقدين بعد تمام عقد الصلح أو قبل تمامه. فإذا مات أحدهما أو كلاهما بعد تمام عقد الصلح، فليس لورثة المتوفى منهما فسخ صلحهما؛ وذلك لأن الوارث يقوم مقام مورثه في التزاماته المترتبة عليه، وكما أن عقد الصلح لازم للمتعاقدين بعد تمامه،فكذلك يكون لازما لورثتهما من بعدهما بعد تمامه[2].

جاء في المادة 1557 من مجلة الأحكام العدلية:- [إذا مات أحد الطرفين،فليس لورثته فسخ صلحه].

وهكذا فمن أجل أن يكون حكم عقد الصلح لازما لورثة كل من المتعاقدين، لا بد أن ينعقد تاما؛ بمعنى أن يستوفي أركانه وشروطه تبعا لأقرب العقود وأشبهها به.

وأما إذا مات أحد المتعاقدين قبل تمام عقد الصلح، فيختلف أثر الموت في التزاماته المترتبة عليه تبعا لاختلاف تكييف الصلح بأقرب العقود إليه. فمثلا إذا كان بدل الصلح منفعة، يكيف عقد الصلح على أنه إجارة، ومن ثم فقد وقع خلاف بين الفقهاء في أثر الموت في هذه الحالة-كما سيأتي بيانه مفصلا. وإذا كان بدل الصلح ثمنا من جنس المصالح عنه، فيكيف على أنه عقد صرف، فإذا

---

(1) يحيى، يس محمد، عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني، دار الفكر العربي، 1978م. حماد، نزيه، (1411هـ ــ 1990م)، دراسات فقهية. ط1، الطائف: دار الفاروق، بحث بعنوان(الصلح في الأموال)، ص111

(2) حيدر، علي، (تاريخ الإرادة السنية288هـ)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب فهمي الحسيني. دار الكتب العلمية: بيروت، ج12/ ص49

مات أحد المتعاقدين قبل قبض البدل بطل العقد، تماما كما يبطل عقد الصرف بافتراق المتعاقدين قبل القبض. وهكذا فإن أثر الموت في عقد الصلح يختلف بحسب ما كيف به عقد الصلح.

أولا:- أثر الموت في عقد الصلح إذا كان عن أثمان بأثمان(ويكون في هذه الحالة صرفا).

ويشترط في هذا العقد شروط عقد الصرف؛ كالتقابض في مجلس العقد. فإذا تفرق أحد المتعاقدين في هذا الصلح بعد التقابض لم يبطل العقد، وأما إذا تفرق أحدهما أو كلاهما قبل التقابض، فهنا يبطل الصلح عند جمهور الفقهاء من الحنفية[1] والمالكية والشافعية في أحد قولين عندهم والحنابلة؛ بناء على أن عقد الصرف يبطل بافتراق المتعاقدين عن المجلس قبل القبض. وفي القول الثاني عند الشافعية فلا يبطل عقد الصلح في هذه الحالة، ومن ثم يقوم ورثة المتوفى بالتقابض مقامه، بناء على أن عقد الصرف لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فيه قبل التقابض. وقد سبق بيان هذه الأحكام في بحث أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصرف، فلا داعي لتكرارها هنا[2].

ثانيا:- أثر الموت في عقد الصلح إذا كان صلحا عن عرض بنقد أو كان عن نقد بعرض أو كان عن العرض بعرض (ففي جميع هذه الأحوال يعتبر هذا الصلح بيعا):-

فإذا كان الصلح عن عرض بنقد، أو عن نقد بعرض معجل، فهنا لا يبطل الصلح بموت أحد المتعاقدين قبل القبض؛ لأنه بيع مطلق، والبيع لا يبطل بذلك، ومن ثم يقوم ورثة كل منهما مقامهما فيما عليهما من التزامات بموجب هذا العقد، من قبض وتسليم، أو رد بعيب فيما إذا كان المال المصالح عليه معيبا؛ بحيث يجوز له رده وفسخ الصلح، أو إمساكه مع أرشه[3].

أما إذا كان الصلح عن مال معين بموصوف في الذمة فهو في حكم السلم، ومن ثم يطبق عليه أحكام موت أحد المتعاقدين في عقد السلم.

ثالثا:- أثر الموت في عقد الصلح إذا كان صلحا عن نقد أو عرض بمنفعة؛ كسكنى دار أو خدمة شخص مدة معينة، أو صالحه على أن يعمل له عملا معلوما كأن يخيط له ثوبا ونحو ذلك (ويعتبر هذا العقد إجارة) .

وسأرجئ الحديث عن هذا النوع من الصلح إلى الفصل اللاحق؛ لكون هذا العقد واردا على العمل أو المنفعة، ولا أريد استباق بحث أثر الموت فيه هنا؛ لكي تكون الصورة متكاملة حول الموضوع.

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج14/ ص71
(2) انظر تفصيل المسألة: ص118
(3) السرخسي، المبسوط، ج14/ ص71. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص397

المبحث الثامن:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الحوالة

• المطلب الأول:- تعريف عقد الحوالة

الحوالة لغة[1]:- تطلق على عدة معان؛ منها:

1- التحول بمعنى الانتقال؛ وحال عن الشيء:- زال عنه إلى غيره . وهي اسم من أحال الغريم:إذا دفعه عنه إلى غريم آخر. وتطلق على تحويل الماء من نهر إلى نهر.

2- كما تطلق على الشهادة.

3- وتطلق على الكفالة.

وتظهر فائدة هذه المعاني اللغوية في المعنى الاصطلاحي لشقي الحوالة: المطلقة والمقيدة، حيث تفيد معنى الانتقال عن المدين إلى غيره، سواء أكان على المحال عليه دين للمحيل أم لا، فإذا لم يكن على المحال عليه دين للمحيل أفادت معنى الكفالة أيضا، كما سيأتي بيانه في تكييفات الفقهاء لهذا العقد .

والحوالة شرعا: ذهب الفقهاء من المذاهب الأربعة[2] إلى تعريف الحوالة بأنها عقد يقتضي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. وعند المالكية نفس التعريف بزيادة لفظ: [بمثله]؛ حيث ورد التعريف عندهم: نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى. وفي ذلك إشارة إلى الحوالة المقيدة.

إلا إن الحنفية انفردوا بتعريف آخر للحوالة، بالإضافة إلى التعريف المتفق عليه بينهم و بين المذاهب الأخرى؛ وهو أن الحوالة:- نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم[3].

وهذا التعريف في الواقع يعبر عن خلاف فيما بين فقهاء المذهب الحنفي في حقيقة الشيء المنقول في الحوالة؛ هل هو ذات الدين أم هو المطالبة بالدين فحسب، مع بقائه متعلقا بذمة المدين الأصلي ؟!

فعند أبي يوسف ينتقل بالحوالة الدين والمطالبة به معا، وعليه فإن المحيل يبرأ بالحوالة من الدين كما يبرأ من المطالبة به. بينما عند محمد تنتقل المطالبة بالدين لا ذات الدين، وعليه فإن ذمة المحيل تبقى مشغولة بذلك الدين، ولا يبرأ سوى من المطالبة به. وعند زفر لا يبرأ المحيل لا من الدين ولا من المطالبة به؛ لأنه يعتبر الحوالة عقد توثق كالكفالة، وهي الضم، فله مطالبة أيهما شاء[4].

والراجح في المذهب الحنفي[5] هو أن الحوالة نقل للدين مع المطالبة؛ وهو ما يتفق مع التعريف الغالب عند فقهاء المذاهب الثلاثة .

ومن تعريف عقد الحوالة نتوصل إلى أركان هذا العقد؛ وهي أربعة:-

1- المحيل:- وهو الذي ثبت في ذمته دين للمحال.

2- المحال:- وهو الشخص الدائن للمحيل.

---

(1) الجرجاني،التعريفات، ج1/ ص126. ابن منظور، لسان العرب،ج11/ ص187. المعجم الوسيط،ج1/ ص209

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص340. الدردير، الشرح الكبير ، ج3/ ص325. الشربيني، مغني المحتاج ج2/ ص193. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص135

(3) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص238

(4) السيواسي، المصدر نفسه، ج7/ ص242

(5) السيواسي، المصدر نفسه، ج7/ ص 241

3- المحال عليه: وهذا اللفظ يحتمل أمرين:- فإذا كان مطلقا، فإنه يكون عائدا على الشخص المحال عليه، أما إن سُبِقَ بلفظ(الدين) فيكون عائدا على الدين المحال عليه.

4- المحال به:- وهو الدين الثابت في ذمة المحيل للمحال.

• المطلب الثاني: أقسام عقد الحوالة

تنقسم الحوالة إلى أقسام مختلفة باعتبارات عدة، ويختلف الحكم فيها بحسب تلك التقسيمات، ونورد منها ما يلي:-

أولا: تنقسم الحوالة بالنظر إلى المال المحال عليه إلى قسمين:-

1- الحوالة المقيدة (وعند المالكية تسمى حوالة القطع[1]):- وهي عقد يقتضي انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، مع تقييد المحال عليه في وفاء هذا الدين بدين له على المحال عليه.

وقد عرفتها مجلة الأحكام العدلية: بأنها الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه، أو في يده[2].

وهذا التعريف في مجلة الأحكام مستمد من الفقه الحنفي؛ حيث أجاز الحنفية أن يكون المال المحال عليه واحدا من ثلاثة أمور تخص المحيل:-

فالحوالة إما أن تكون على دين خاص للمحيل في ذمة المحال عليه، أو على عين أمانة للمحيل عنده كالوديعة، أو على عين مضمونة على المحال عليه؛ كالأرض المغصوبة.

وتجدر الإشارة هنا إلى نقطة هامة، وهي أنه وإن كانت الحوالة المقيدة عند الحنفية تصح على الأعيان التي عند المحال عليه، كالوديعة ونحوها، أي إن الدين المحال عليه يصح أن يكون أعيانا قائمة، لكنها في ذات الوقت لا تصح أن تكون عن أعيان قائمة عند المحيل؛ بمعنى أنه لا يجوز أن يكون الدين المحال به أساسا عينا قائمة كسلعة ما؛ لأن الحوالة مختصة بالدين، فهي نقل لما في الذمة، وليست نقلا للأعيان القائمة [3].

وأما المالكية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] فقد قصروا الحوالة المقيدة على قسم واحد وهو: الحوالة بدين في ذمة المحيل على دين خاص للمحيل في ذمة المحال عليه؛ بمعنى أن كلا الدينين ثابتان في ذمة المحيل وذمة المحال عليه؛ بحسب ما ذهبوا إليه في تعريفهم للحوالة المقيدة بشكل عام.

---

(1) ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1/ ص215
(2) مجلة الأحكام العدلية، ج1/ ص127
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص16
(4) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6/ ص293،292. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص474
(5) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص227، 228، 229. ابن حجر الهيثمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد، (ت974هـ)، تحفة المحتاج بشرح المنهاج (مطبوع مع حواشي الشرواني). دار الفكر، ج5/ ص226-229. ابن قاسم، شهاب الدين أحمد بن قاسم العبادي، (ت994هـ)، حاشية ابن القاسم(مطبوع مع حواشي الشرواني). دار الفكر. ج5/ ص229(مطبوع مع حواشي الشرواني) .
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص384

وقد ذكر المالكية أن أحكام حوالة القطع تختلف عن حوالة الإذن، لأن حوالة الإذن تجوز بالطعام وبغيره، وبأن يحيل الناظر بعض المستحقين على ساكن مثلا، ونحوها من الأمور، التي ينبغي الاحتراز منها في حوالة القطع.

كما ذهب الشافعية إلى القول بأن تعلق الحوالة بالعين مقتض لبطلانها؛ لأن شرطها الدين، وهي بيع دين بدين، فيكون اشتراط الدين في المال المحال به وكذلك المحال عليه.

وفصل الحنابلة القول في هذه الجزئية حيث نصوا على عدم جواز الحوالة على عين من وديعة أو مضاربة أو على استحقاق في وقف أو على ناظره، أو على ولي بيت المال؛ لأن الحوالة انتقال مال من ذمة إلى ذمة، والحق هنا ليس كذلك، إذ العين المحال عليها ليست قائمة في الذمة، ويكون ذلك التصرف عندئذ وكالة.

ويرجع السبب في اختلاف الحنفية عن الجمهور في هذه المسألة إلى أن الحنفية اعتبروا هذا النوع من الحوالة(الحوالة المقيدة) بأنه وكالة بالأداء من وجه والقبض من وجه آخر، والوكالة لا يشترط فيها أن تكون بدين ثابت في الذمة، بخلاف الحوالة كما سبق تعريفها[1]. وأما الجمهور فقد اعتبروا هذا النوع من الحوالة هو حقيقة الحوالة.

2- الحوالة المطلقة (الحوالة على من لا دين عليه)، (وتسمى عند المالكية بحوالة الإذن[2]):- وهي أن لا يقيد المحيل نقله لدين المحال الذي في ذمته، بعين له عند المحال عليه، ولا بدين له في ذمته[3].

وفي مجلة الأحكام العدلية:- هي الحوالة التي لم تقيد بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه[4].

كما واعتبر الشافعية بأنه إذا لم يتفق الدينان- المحال به والمحال عليه- بالجنس والقدر، وبالحلول أو التأجيل، وبالصحة أو التكسر، وبالجودة أو الرداءة، فعندئذ تعتبر هذه الحوالة حوالة مطلقة (حوالة على من لا دين عليه)؛ وذلك لعدم تحقق شرط الحوالة المقيدة فيها؛ وهو اتفاق الدينين في الأمور المذكورة[5].

ومن الجدير بالذكر أن هذا النوع من الحوالة وإن كانت تسمى عند الفقهاء الحوالة على من لا دين عليه، إلا إنها لا يشترط فيها عدم وجود دين للمحيل في ذمة المحال عليه بتاتا، إذ إنه قد يكون للمحيل دين عليه، ولكن بشرط أن لا تقيد تلك الحوالة عليه بذلك الدين، فإذا قيدت به أصبحت حوالة مقيدة[6].

---

(1) السيواسي، شرح فتح القدير،ج7/ ص248. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص348
(2) ابن جزي، القوانين الفقهية، ج1/ ص215
(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص344
(4) مجلة الأحكام العدلية، ج1/ ص127
(5) النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص231
(6) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص348

وقد اتفق الفقهاء على أن المحال عليه في الحوالة المطلقة لا يلزمه أداء دين المحال إلا إذا رضي بهذه الحوالة، فرضا المحال عليه بأداء دين المحال شرط يصيره ضامنا لهذا الدين، ويلزمه الأداء. وأما قبل رضا المحال عليه فلا يلزمه الأداء[1].

ومن ثم فإن المحيل أو ورثته في الحوالة المطلقة يلتزمون بقضاء المحال عليه ما أداه عنه من دين للمحال، وذلك إذا كان بأمر المحيل وإذنه، أما قبل أن يقضي المحال عليه دين المحال الذي له على المحيل، فلا يحق للمحال عليه الرجوع على المحيل بالدين الذي سوف يقضيه عنه، وإنما يلتزم المحيل في هذه الحالة بتخليص المحال عليه إذا لوزم أو حبس بسبب هذا الدين. فإذا لوزم المحال عليه، فإنه يحق له أن يلازم المحيل، وكذلك إذا حبس المحال عليه، فإن من حقه حبس المحيل[2]. وهذا بخلاف الحوالة المقيدة.

ثانيا: أقسام الحوالة بالنسبة لزمن أداء الدين على المحال عليه[3].

تنقسم الحوالة بالنسبة للزمن المضروب على المحال عليه لأداء الدين إلى ثلاثة أقسام[4]:-

---

(1) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص271

(2) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص250. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص338

(3) تجدر الإشارة في معرض التقسيم للحوالة بحسب زمن أداء الدين على المحال عليه إلى عدة نقاط:-
اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على اشتراط أن يكون الدينان متماثلين في الحوالة المقيدة، ويدخل ضمن هذا الشرط التماثل في الحلول أوالتأجيل، ويقصد به انتقال الدين المحال به إنما يكون على المحال عليه بالصفة التي انتقل بها، حلولا أو تأجيلا.
إلا إن المالكية لم يجيزوا في الحوالة المقيدة أن يكون الدين المحال به مؤجلا، حيث إنهم اشترطوا حلول الدين المحال به، ولم يشترطوا حلول الدين المحال عليه؛ وذلك لئلا تؤدي إحالة الدين المؤجل على مؤجل مثله إلى تعمير ذمة بذمة، فيدخله ما نهي عنه من بيع الدين بالدين، إن كان الدينان في الذمة، أي ليسا من الأعيان. كما ويدخله أيضا ما نهي عنه من بيع الذهب بالذهب والورق بالورق أو أحدهما بالآخر، مع كون هذا البيع ليس يدا بيد، إن كان الدينان عينا، إلا أن يكون الدين المحال عليه -دين المحيل على المحال عليه- حالا، فيقبضه قبل أن يتفرقا مثل الصرف، فهذا جائز(الدردير، الشرح الكبير،ج3/ ص328. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص93. العدوي، حاشية العدوي،ج2/ ص474. ابن جزي،القوانين الفقهية، ج1/ ص215).
ب- وأما في الحوالة المطلقة فلم يشترط المالكية حلول المحال به ولا حلول المحال عليه، فأجازوا الإحالة فيها بما حل وبما لم يحل، وذلك لأنهم كيفوها على أساس أنها وكالة في القبض والإقطاع (الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص93).
ج- قسم الحنفية الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجلة ومبهمة، ولم يذكروا هذه الأقسام في الحوالة المقيدة، إلا إنهم اشترطوا انتقال الدين بالصفة التي كان عليها علي المحيل، وبذلك يعرف زمن أداء الدين على المحال عليه.
د- ذهب الحنفية إلى القول بأن الحوالة المبهمة تأخذ حكم الكفالة؛ حيث إنها تكون مؤجلة إذا أبهمت(ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص349). لكن مجلة الأحكام العدلية ج1/ ص131 بينت أن الحوالة المبهمة ينظر فيها بحسب صفة الدين على المحيل للمحال. لكن هذا الكلام برأيي يخالف أنها مبهمة أساسا إذ لو عرفت صفة دين المحال على المحيل لما كان هنالك إبهام في الصفة التي ينتقل عليها للمحال عليه.

(4) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص349. السيواسي، شرح فتح القدير،ج7/ ص25. الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص231
ملاحظة:- التقسيم الذي بين الأقواس هو تقسيم الحنفية للحوالة المطلقة،ولم أعتمد هذا التقسيم بالألفاظ المستخدمة عندهم لعدم الاتفاق على هذه التسمية، حيث أنكر الشرواني في حاشيته ج5/ ص231 أنكر هذا التقسيم للحوالة، مبينا أن الذي يحل أو يؤجل إنما هو الدين لا ذات الحوالة،فلا يقال بأن الحوالة نفسها حالة أو مؤجلة،وحتى الحنفية أنفسهم فقد استدركوا على هذه التسمية بقولهم بأن التأجيل إنما ينصرف إلى الدين وليس إلى العقد ؛لأن عقد الحوالة -وهو انتقال الدين إلى ذمة المحال عليه -لا يكون مقيدا بشهر مثلا حتى ينتقل هذا الدين من ذمة إلى أخرى؛لأن ذلك ينافي طبيعة الحوالة؛ إذ يشترط فيها أن تكون منجزة:أي غير معلقة إلا على شرط ملائم أو متعارف،ولا مضافا فيها العقد على المستقبل ؛لأنها وعلى القول بأنها بيع دين بدين،فإنه يشترط فيها ما يشترط في البيع، وهو التنجيز.

1- الحوالة بالدين الحال (وتسمى بالحوالة الحالة عند الحنفية):- وهي أن ينقل المحيل الدين الحال الذي عليه للمحال بصفته هذه على المحال عليه، كأن يحيل شخص دائنه بألف دينار هي عليه حالة، فينتقل الدين على المحال عليه بهذه الصفة.
2- الحوالة بالدين المؤجل(الحوالة المؤجلة عند الحنفية):- وهي أن ينقل المحيل الدين المؤجل الذي عليه للمحال، ليكون دينا مؤجلا كذلك على المحال عليه، مثل أن يحيل المدين دائنه بألف دينار مؤجلة عليه، لينتقل الدين بهذه الصفة على المحال عليه.
3- الحوالة بالدين المبهم(الحوالة المبهمة):- وهي أن ينقل المحيل الدين الذي عليه للمحال من غير بيان لصفة هذا الدين المحال به من تأجيل أو تعجيل، فيكون أيضا مبهما للمحال عليه بالنسبة لموعد أدائه للمحال. مثل:أن يحيل المدين دائنه بألف دينار عليه، من غير بيان لصفتها من حلول أو تأجيل، فتكون بالنسبة للمحال عليه مبهمة كذلك.

- **المطلب الثالث:- التكييف الفقهي لعقد الحوالة**

أولا:- تكييف الحوالة المقيدة.

ذهب الحنفية إلى تكييف الحوالة المقيدة على أنها وكالة في القبض من وجه، ووكالة في الأداء من وجه آخر[1]. وقد بين الزيلعي أن نوعي الحوالة تتضمن أمورا جائزة عند الانفراد، فكذا تكون جائزة عند الاجتماع؛ وهي تبرع المحال عليه بالالتزام في ذمته والإيفاء. وتوكيل المحال بقبض الدين أو العين من المحال عليه. وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من دين أو عين للمحال[2].

ومع كون الحنفية لا يكيفون الحوالة على أنها بيع من البيوع، إلا إن الكاساني قد بيَّن أن في الحوالة معنى معاوضة المال بالمال[3].

وتُكَيَّفُ الحوالة المقيدةُ على الأرجح عند المالكية[4] وعند الشافعية[5] والحنابلة في أحد أقوالهم[6] على أنها بيع من البيوع، وإن لم يجز عقدها بلفظ البيع. وبذلك تكون من عقود المعاوضات اللازمة. ولذلك فقد بحثت في أثر الموت فيها ضمن عقود المعاوضات.

بينما ذهب بعض الفقهاء كالإمام الباجي من المالكية، إلى تكييفها على أنها من باب النقل فحسب، وليست بيعا من البيوع[7].

جاء في الذخيرة:- [قال صاحب التنبيهات:- هي عند أكثر شيوخنا بيع مستثنى من بيع الدين بالدين، ومن بيع العين بالعين يدا بيد. وقال الباجي:- ليس هي من هذا، بل من باب النقل][8].

ونقل النووي بأنه لا خلاف في اشتمال الحوالة على المعنيين: الاستيفاء والاعتياض، لكن الخلاف في أيهما أغلب[1].

---

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص348. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص248
(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174
(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص18
(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص91. القرافي، الذخيرة، ج9/ ص242
(5) البجيرمي،حاشية البجيرمي، ج3/ ص19. الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص231
(6) ابن مفلح، المبدع، ج4/ ص65
(7) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص91
(8) القرافي، الذخيرة، ج9/ ص242

كما جاء في حاشية البجيرمي:– [الحوالة:– هي بيع دين بدين جوز للحاجة، فهي رخصة، ولا بد لصحتها من الإيجاب والقبول. ولا بد في الإيجاب أن لا يكون بلفظ البيع، وقياسه أن لا يكون القبول بلفظ الشراء فلو قال:– اشتريت ما لك على زيد من الدين، بما لي عليك، لم يصح، وإن نوى به الحوالة][2].

وفي الراجح عند الحنابلة[3] أن الحوالة عقد إرفاق، مستقل بنفسه، وليس محمولا على غيره، كما أنه ليس بيعا، لأنه لو كان كذلك لكان بيع دين بدين، ولما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع مال الربا بجنسه، ولو كان بيعا لجاز عقده بلفظ البيع، ولجاز بين جنسين كالبيع كله. كما أنها ليست في معنى البيع؛ لعدم وجود العين فيها. ولأن لفظ الحوالة يشعر بالتحول، فهي تنقل المال المحال به من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

ولأن الحوالة فيها شبه بالمعاوضة من حيث إنها دين بدين، كما إن فيها شبها بالاستيفاء من حيث براءة المحيل بها، من هنا فإن بعض الحنابلة ألحقها بالمعاوضة[4]، وبعضهم ألحقها بالاستيفاء. وهي لازمة بمجرد العقد.

ثانيا:– تكييف الحوالة المطلقة:–

ذهب الحنفية إلى القول بأن الحوالة المطلقة هي حقيقة الحوالة؛ حيث إنهم لم يشترطوا لصحة الحوالة وجود دين للمحيل على المحال عليه. وقد قسم فقهاء الحنفية الحوالة المطلقة إلى قسمين:حالة ومؤجلة ومبهمة، في حين لم يقسموا الحوالة المقيدة كذلك[5].

بينما ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم اعتبار الحوالة المطلقة على أنها حوالة حقيقة، واشترطوا فيها رضا المحال والمحال عليه، فإذا رضيا بها ففي هذه الحالة بعضهم اعتبرها حمالة، وبعضهم اعتبرها وكالة في اقتراض. ومن ثم فقد أجروا عليها أحكام تلك العقود.

وقد استدل الجمهور عموما على أن الحوالة المطلقة ليست حوالة حقيقة؛ بكونها مخالفة لحقيقة الحوالة من حيث شروطها وثمرتها، إذ إن الأصل أن الحوالة معاوضة على رأي المالكية والشافعية على القول الأصح عندهم، وعلى أحد قولين عند الحنابلة، حيث إنهم يكيفون الحوالة المقيدة على أنها بيع دين بدين، أجيزت استثناء لحاجة الناس للتعامل بها بمقتضى الحديث الشريف:

---

(9) النووي، روضة الطالبين، ج4/ 228
(1) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج3/ ص19
(2) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص136،135،134
(3) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص387
(4) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص250

[من أحيل على مليء فليتبع]، ولا معاوضة في الحوالة المطلقة؛ لعدم وجود دين للمحيل على المحال عليه يجعله في مقابل حوالته عليه–أي في مقابل دين المحال.

كما إن ثمرة الحوالة براءة المحيل من دين المحال، وليست الحوالة المطلقة كذلك، فلا تطبق أحكام الحوالة المقيدة عليها.

- **المطلب الرابع:ـ الالتزامات الناشئة عن عقد الحوالة**

من أهم الالتزامات المترتبة على المحال عليه والمحيل في عقد الحوالة ما يلي:–

1– التزام المحيل تجاه المحال بتمكينه من مطالبة المحال عليه واستيفاء دينه منه، وهذا لا يتم إلا بتسليمه سند الحق المحال به وكل ما يلزم من بيانات أو وسائل أخرى[1].

2– التزام المحال عليه بوفاء الدين المحال به، سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة، وسواء أكان المطلوب في هذه الإحالة الوفاء بهذا الدين على الحلول أم على التأجيل[2].

ومن الجدير بالذكر أن الحنفية [3] يشترطون رضا المحال عليه لصحة الحوالة بنوعيها– المقيدة والمطلقة، ولو كان المحال عليه غائبا عن مجلس العقد؛ ذلك أنهم يرون أنه لا لزوم على المحال عليه إلا بالتزامه، حتى ولو كان مدينا للمحيل، أي حتى ولو كانت الحوالة مقيدة؛ وذلك لأن الدائنين يتفاوتون في المطالبة والاقتضاء بين سهل ميسر، وبين صعب معسر، ومن هنا فلا بد من قبول المحال عليه ليكون لزوم ضرر الصعوبة إذا كان المقتضي صعبا مضافا إلى التزامه[4].

أما جمهور الفقهاء من المالكية[5] والشافعية في الأصح عندهم[6] والحنابلة[7]، فإنهم لا يشترطون رضا المحال عليه بالحوالة المقيدة حتى يترتب عليه بموجبها هذا الالتزام. لكنهم يشترطون رضاه– أي رضا المحال عليه– في الحوالة المطلقة على اعتبار أنها حمالة أو وكالة، وذلك ليترتب عليه بموجبها هذا الالتزام بوفاء دين المحال.

3– التزام المحال عليه في الحوالة المطلقة بأداء دين المحيل، وذلك إذا كان للمحيل على المحال عليه دين ولم تقيد الحوالة به، فيصبح المحال عليه في هذه الحوالة المطلقة ملتزما بأداء دينين، أحدهما للمحال بموجب عقد الحوالة إذا رضي بذلك ابتداء، والآخر للمحيل ولا تعلق له بعقد

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2/ ص642 –المادة رقم 1010
(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص135
(3) السيواسي، شرح فتح القدير، ج 7/ ص240. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص271
(4) السيواسي، شرح فتح القدير، ج 7/ ص240. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص16
(5) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6/ ص292
(6) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج5/ ص228
(7) البهوتي، الروض المربع،ج 2/ ص193. ابن مفلح، المبدع، ج4/ ص276

الحوالة. وهذا بخلاف الحوالة المقيدة، إذ لا يكون ملتزما فيها إلا بدين المحال، لأن دين المحيل في هذه الحوالة قيد به أداء دين المحال على المحيل[1].

4- التزام المحيل في الحوالة المقيدة بعدم مطالبة المحال عليه بالعين أو الدين الذي قُيِّدَتْ به الحوالة؛ وذلك لأن الحوالة عندما قيدت بهذا الدين أصبح حق المحال متعلقا به لاستيفاء دينه منه مثل الرهن، ومن ثم فإن أَخْذَ المحيل لذلك الدين يبطل حق المحال وهذا لا يجوز، حتى لو أن المحال عليه رد الدين أو العين إلى المحيل فإنه يضمنه للمحال؛ لأنه استهلك ما تعلق به حقه، كما في الرهن إذا استهلكه أحد فإنه يضمنه للمرتهن لاستحقاقه له[2].

بينما في الحوالة المطلقة، إذا كان للمحيل دين على المحال عليه، فإن المحيل لا يلتزم بعدم مطالبة المحال عليه بدينه؛ لأن الحوالة لم تتقيد بذلك الدين الذي للمحيل على المحال عليه، بل تعلقت بذمة المحال عليه، وفي الذمة سعة، فيكون من حق المحيل المطالبة بدينه على المحال عليه، ولا تبطل الحوالة المطلقة بذلك، فإذا تقيدت به سقط حق مطالبته به[3].

5- التزام المحيل بأداء المال الذي أداه المحال عليه للمحال بموجب عقد الحوالة المطلقة، وذلك عند رجوع المحال عليه على المحيل، وهذا إذا كان المحال عليه قد أداه بأمر المحيل، وإن لم يكن بأمره فلا رجوع له عليه؛ لأنه يكون متبرعا بذلك الأداء عنه إذ لم يأمره بذلك.

- **المطلب الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الحوالة**

ويتقسم إلى فرعين:-

*** الفرع الأول:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن الحوالة المقيدة**

يتضمن هذا الفرع البحث في أثر موت كل من المحال عليه والمحيل في الالتزامات المترتبة على كل منهما، وذلك في مسألتين مستقلتين.

- المسألة الأولى:- أثر موت المحال عليه في الالتزامات الناشئة عن الحوالة المقيدة

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء[4] على أن موت المحال عليه مليئاً[5] لا يبطل الحوالة بشكل عام[6]، فلا يسقط بذلك التزام المحال عليه تجاه المحيل، وإنما يتعلق التزامه بتركته؛ لأن تركته خلف فيما هو

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص16+17

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص347

(3) الكاساني، بدائع الصنائع،ج6/ ص7. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص348

(3) السرخسي، المبسوط، ج 20/ ص72. موفق الدين بن قدامة، المغني،ج4/ ص336

(4) المليئ:- بالهمز، هو الثقة الغني البَيِّنُ الملاءِ والملاءةِ .وقد أولع فيه الناس بترك الهمز وتشديد الياء(مليّ) . (ابن منظور، لسان العرب، ج1/ ص159)

وفي اصطلاح الفقهاء: فسر الإمام أحمد-رحمه الله- المليء بأنه:- القادر بماله وقوله وبدنه ؛ وبيان ذلك:- الملاءة في المال:- القدرة على الوفاء. والملاءة في القول:- أن لا يكون مماطلا. والملاءة في البدن: إمكان حضوره مجلس الحكم.(البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص386. ابن قدامة، المغني، ج4/ ص339) .

(6) إلا إنني وجدت في حاشية ابن عابدين ما يخالف هذا الاتفاق فيما نقله: [وصرح في الحاوي ببطلان الحوالة بموت المحال عليه]. وعلق عليه الرافعي في تقريراته على حاشية ابن عابدين بأن المقصود بالحوالة التي تبطل هنا هي الحوالة المقيدة،أما المطلقة فيؤخذ دين المحال من تركة المحال عليه ولا يعود على المحيل .

وهذا النص غير متوافق في نقله مع ما قبله وبعده عند ابن عابدين ؛لأنه ذكر هذا القول في معرض حديثه عن موت المحيل في الحوالة المقيدة،وبأنه تنتهي به الحوالة،ومن ثم يعود المحال ليشارك غرماء المحيل في دين المحيل على

المقصود؛ وهو قضاء الدين منها. فيعود المحال على تركة المحال عليه لاستيفاء دينه كاملا منها، أو لاستيفاء ما بقي له منه إذا كان قد استوفى جزءا منه حال حياته. سواء أكان الدين حالا أم مؤجلا؛ فإذا كان حالا بقي على حلوله، وإذا كان مؤجلا فعلى الخلاف بين الفقهاء في مسألة حلول الدين المؤجل بموت المدين أو عدم حلوله[1].

كما إنه لا خلاف بأن الدين يتوى بموت كل من المحال عليه والمحيل مفلسين، مع عدم تبرع أحد بسداد الدين عنه؛ كالكفالة[2].

لكن الفقهاء اختلفوا فيما إذا مات المحال عليه مفلسا[3] في الحوالة المقيدة، فهل ينتهي بذلك عقد الحوالة، ومن ثم هل يرجع المحال على المحيل بدينه لاستيفائه منه، أم لا؟!

سبب الخلاف:-

يرجع سبب الخلاف فيما بين الفقهاء – كما قال ابن حجر – إلى اختلافهم في حكم الحوالة المقيدة؛ هل هي عقد لازم أم جائز[4]؟

وأما ابن رشد[5] فقد ذكر أن سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة هو مشابهة الحوالة للحمالة. فالذين قالوا بأن الحوالة تشبه الحمالة، قالوا بجواز رجوع المحال على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا. وأما الذين قالوا بأن الحوالة على خلاف الحمالة، قالوا بعدم جواز رجوع المحال على المحيل في هذه الحالة[6].

ويمكن الجمع بين هذين السببين بالقول بأن الحمالة عقد جائز –غير لازم؛ من ثم فالذين قالوا بكونها عقدا لازما، قالوا بأنها تبرئ المحيل من دين المحال براءة مطلقة. وأما الذين قالوا بأنها تشبه الحمالة؛ أي إنها عقد جائز –غير لازم– اختلفوا فيما بينهم؛ فمنهم من قال إنها تبرئ

المحال عليه الذي كانت الحوالة مقيدة به، ويكون حقه متعلقا بتركة المحيل .ولا يعود على المحال عليه في أي جزء من دينه لانتهاء الحوالة .

وكذلك فإن هذا القول لا يتفق مع رأي الحنفية على الأصح من مذهبهم بأن حكم الحوالة براءة ذمة المحيل من دين المحال براءة مقيدة بعدم التوى،وإحدى صور التوى موت المحال عليه مفلسا،فلا يرجع المحال على المحيل إلا إذا توي حقه؛ وبمفهوم المخالفة فإن الحوالة لا تبطل بموت المحال عليه مليئا، سواء أكانت حوالة مطلقة أم مقيدة، ولا مسوغ لتخصيصها بالمقيدة كما ذهب إليه الرافعي ؛لأن الحنفية لا يفرقون في الحكم بين الحوالة المطلقة والمقيدة، فكلتاهما تبرئان المحيل براءة مقيدة بعدم التوى،وإن كانتا تختلفان في أثر موت المحيل،بحيث تبطل الحوالة المقيدة بموت المحيل لرجوع ماله إلى تركته واستحقاقه لورثته وغرمائه جميعا، ولا تبطل الحوالة المطلقة بموت المحيل لعدم تعلقها بمال المحيل،بل بذمة المحال عليه فحسب. وهكذا فيكون المقصود بما صرح به في الحاوي بطلان الحوالة المقيدة أو المطلقة بموت المحال عليه مفلسا لا مليئا، والله تعالى أعلم. (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،== ==ومعه تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين (مطبوع مع حاشية ابن عابدين)، تحقيق:عبد المجيد طعمة حلبي، دار المعرفة –بيروت، ط1/ 1420ه–2000م، ج 8/ ص18. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص243) .

(1) الرملي، نهاية المحتاج، ج4/ ص412. الشرواني، حواشي الشرواني،ج5/ ص231. ابن قدامة، شمس الدين، الشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج5/ ص59،60

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج7/ ص337. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص275

(3) المقصود بالمفلس هنا:– هو من ليس له مال معين، ولا دين له على غيره، ولا كفيل عنه بدين المحال . (السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص145، 246. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص173) .

(4) ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص464

(5) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ ص226

(6) ابن عبد البر، الاستذكار، ج7/ ص216

المحيل–من الدين أو من المطالبة به – براءة مقيدة بعدم التوى[1]، ومنهم من قال إنها لا تبرئ المحيل أساسا.

وبناء على ما تقدم، فالذين قالوا ببراءة المحيل براءة مطلقة بهذه الحوالة، قالوا بأن موت المحال عليه مفلسا، لا يسقط التزامه تجاه المحال، ولا يعود المحال على المحيل بدينه؛ لسقوط التزامه تجاهه بمجرد عقد الحوالة المقيدة. إلا إذا كان المحال قد اشترط ابتداء على المحيل ملاءة المحال عليه.

وأما الذين قيدوا براءة المحيل بعدم توى حق المحال على المحال عليه، فقد ذهبوا إلى القول بأنه بموت المحال عليه مفلسا، يسقط التزامه تجاه المحال، ومن ثم يعود المحال على المحيل بدينه لاستيفائه منه؛ حيث يعود التزام المحيل تجاه المحال بدينه في هذه الحالة.

وأما على القول بعدم براءة المحيل أساسا بهذه الحوالة، فإن المحال يكون مخيرا ابتداء في الرجوع على أيهما شاء– المحيل أو المحال عليه، وبموت المحال عليه مفلسا، فلا يسقط حق المحال في هذا الاختيار، ويحق له الرجوع على المحيل بدينه؛ حيث لم يسقط التزامه تجاهه بموجب هذا العقد.

مذاهب الفقهاء:

ذهب الحنفية –عدا زفر[2]، وهو قول شريح والشعبي والنخعي وعثمان البتي[3]، ذهبوا جميعا إلى القول بأن الحوالة المقيدة تنفسخ بموت المحال عليه مفلسا، ومن ثم يسقط التزام المحال عليه تجاه المحال، ويعود دين المحال ليتعلق بذمة المحيل، كما كان قبل عقد الحوالة.

أما زفر من الحنفية والقاسم بن معن، وهو قول الحسن وشريح[4]، فقد قالوا بجواز أن يرجع المحال بدينه على أي من المحيل أو المحال عليه، كالكفالة. سواء أفلس أحدهما أم لا.

وذهب جمهور الفقهاء من المالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7] إلى القول بأن موت المحال عليه مفلسا في الحوالة المقيدة لا ينهي عقد الحوالة، ومن ثم فيبقى هذا الدين المحال به معلقا

---

(1) التوى:– لغة الهلاك. وفي مختار الصحاح التوى:– هلاك المال، وتَوِيَ المال –بكسر الواو:إذا ذهب فلم يرج. (مختار الصحاح، ج1/ ص33. ابن منظور، لسان العرب، ج14/ ص106. النهاية، ج1/ ص201)
والتوى هو العجز عن الوصول إلى الحق، وهو أن يهلك عين الشيء أو محله الذي كان قائما به. وهذا اللفظ له مدلوله الخاص في عقد الحوالة عند الحنفية، فالتوى عند أبي حنيفة يتحقق بإحدى صورتين في عقد الحوالة:–1– أن يموت المحال عليه مفلسا. 2– أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف، ولا بينة للمحال. وذكر الصاحبان– أبو يوسف ومحمد– صورة ثالثة للتوى:وهي أن يفلس المحال عليه حال حياته،ويقضي القاضي بإفلاسه. وهذا موافق لرأيهما في أن للقاضي القضاء بإفلاس شخص ما وهو على قيد الحياة، في حين أن ليس له ذلك عند أبي حنيفة ما دام الشخص حيا. (الزيلعي، تبيين الحقائق،ج4/ ص173. السرخسي، المبسوط، ج30/ ص148. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص18).
(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص171. السرخسي، المبسوط، ج19/ ص162.
(2) ابن رشد، بداية المجتهد،ج2/ ص226. ابن عبد البر، الاستذكار، ج7/ ص217
(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص171. السرخسي، المبسوط، ج19/ ص162. ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص464. ابن عبد البر، الاستذكار،ج7/ ص217
(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص94، 95. ابن عبد البر، الكافي، ج1/ ص401. ابن عبد البر، الاستذكار، ج7/ ص216. القرافي، الذخيرة، ج9/ ص253
(5) الشربيني، الإقناع، ج2/ ص311
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383، 386

بذمة المحال عليه الميت، فإن أداه عنه أحدهم برئت ذمته، وإلا فلا. ولا يعود المحال على المحيل بحال من الأحوال؛ لبراءة ذمة المحيل من دين المحال براءة مطلقة.

وقيد المالكية[1] عدم رجوع المحال على المحيل بعدم الغرر؛ بمعنى أنه إذا كان المحيل قد غرَّ بالمحال، بأن كان المحيل وحده- دون المحال – يعلم بفلس المحال عليه قبل وأثناء عقد الحوالة، فهنا لا تبرأ ذمة المحيل ابتداء بتلك الحوالة، ولا يترتب على المحال عليه أي التزام تجاه المحال، ويرجع المحال بدينه على المحيل فقط، بخلاف ما إذا لم يكن المحيل قد غره، بأن أعلمه بفلس المحال عليه، أو علم المحال بذلك دون أن يعلمه المحيل، ورضي بتلك الحوالة حينئذ، فهنا لا يرجع المحال على المحيل بحال من الأحوال. ولم يقيد الشافعية والحنابلة عدم الرجوع بالغرر.

ومن ثم فقد استثنى المالكية [2] حالة ما إذا شرط المحال على المحيل عند التعاقد الرجوع عليه فيما لو أفلس المحال عليه، كما استثنى الشافعية في قول ضعيف عندهم[3] والحنابلة[4] حال ما إذا كان المحال قد اشترط على المحيل يسار المحال عليه. فهنا يحق للمحال أن يرجع على المحيل إذا مات المحال عليه مفلسا؛ بمقتضى ذلك الشرط.

لكن ابن عرفة من المالكية[5] انتقد هذا الشرط؛ لكونه يخالف مقتضى عقد الحوالة – وهو براءة المحيل براءة مطلقة؛ لأن مثل هذا الشرط يفسد العقد عند المالكية؛ عملا بأصل المذهب عندهم في الشرط المناقض للعقد بأنه يفسده. وفي بعض العقود يسقط الشرط ويصح العقد؛ كالبيع.

والقول الآخر عند الشافعية[6] بأن اشتراط اليسار على المحيل باطل. فإذا اشترطه المحال، صح عقد الحوالة وبطل الشرط، فلا يرجع المحال على المحيل بدينه، وإن مات المحال عليه مفلسا؛ لبطلان الشرط أساسا.

أدلة الفقهاء ومناقشاتها:-

أولا: أدلة الحنفية.

1- استدلوا بما روي عن عثمان -رضي الله عنه- مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه إذا مات مفلسا، قال: [يعود الدين إلى ذمة المحيل] ، وقال: [لا توى على مال امرئ مسلم][7]، وقد ذكر محمد في كتابه (الأصل) عن شريح مثل ذلك القول. وكذلك سئل عمر -رضي الله عنه -عن

---

(7) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص328. المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص95. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، (ت463هـ)، الكافي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1407هـ، ج1/ ص401. ابن عبد البر، الاستذكار،ج7/ ص216

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي،ج3/ ص328. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص95. القرافي، الذخيرة، ج9/ ص253

(3) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص196

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص328. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص95

(5) الشربيني، الإقناع، ج2/ ص311

(6) أخرجه البيهقي في سننه ج6/ ص71، باب: [من قال يرجع على المحيل لا توى على مال مسلم] ؛ رواه بسنده عن محمد بن أيوب قال:أخبرني أبو الوليد حدثنا شعبة أخبرني خليد بن جعفر قال سمعت أبا إياس عن عثمان بن عفان قال: ليس على امرئ مسلم توى يعني حوالة . ورواه غيره عن شعبة مطلقا ليس فيه عبارة (يعني حوالة). وأما الحكم على الحديث فيأتي بسطه في مناقشة العلماء للاستدلال به .

هذه المسألة فأجاب بمثل ذلك، وذكر أبو بكر الرازي وغيره إنه لم ينقل عن أحد من الصحابة خلافه، فكان إجماعا[1].

– وجه الاستدلال: إن هذا الأثر صريح الدلالة على أنه لا يجوز إتلاف مال امرئ مسلم ولا ضياعه، فإذا مات المحال عليه ولا مال عنده، فإنه لا يجوز تضييع حق المحال، فيعود على المحيل بدينه في هذه الحالة.

– مناقشة الحديث: نقل البيهقي عقب تخريجه لهذا الأثر في سننه قول الشافعي في رواية المزني في الجامع الكبير بأنه سأل محمد بن الحسن – الذي كان يحتج بأن عثمان قال في الحوالة أو الكفالة:– [يرجع صاحبها، لا توى على مال مسلم]. فسأله عن هذا الحديث، ومن ثم علق الشافعي على جوابه بأن محمدا بن الحسن زعم بأن هذا الحديث عن رجل مجهول عن رجل معروف منقطع عن عثمان. وبين الشافعي بأن هذا الأثر في أصل قوله باطل من وجهين: الرجل المجهول والانقطاع بين الرجل المعلوم وعثمان بن عفان، ولو أنه ثبت عن عثمان ــ رضي الله عنه ــ لما كان فيه حجة أيضا لأنه لا يدري أقال عثمان ذلك في الحوالة أو الكفالة.

وأوضح البيهقي بأن المراد بالرجل المجهول هو خليد بن جعفر، وهو بصري لم يحتج به محمد بن اسماعيل البخاري في صحيحه، بينما أخرج مسلم بن الحجاج حديثه الذي يرويه مع المستمر بن الريان عن أبي نضرة عن أبي سعيد في المسك وغيره، كما أن شعبة بن الحجاج كان إذا روى عنه أثنى عليه. وأما المراد بالرجل المعروف فهو أبو إياس معاوية بن قرة المزني وهو منقطع؛ لأن أبا إياس من الطبقة الثالثة من تابعي أهل البصرة، فهو لم يدرك ولم يعاصر عثمان بن عفان – الصحابي الجليل[2].

– **الرد على المناقشة:**– رد المحدث الفقيه محمد الزبيدي على هذه المناقشة في كتابه عقود الجواهر المنيفة بأن الذي جاء في كتب الحنفية أن محمدا استدل بهذا الأثر عن عثمان في الحوالة من غير شك كما أخرجه البيهقي ابتداء، وكما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن وكيع عن شعبة بسنده. ومن ثم كيف يقال إنه يحتمل أن قوله جاء في الكفالة، ومن المعلوم أن الرجوع في الكفالة على الأصل(المدين) لا يتوقف على شرط موت الكفيل مفلسا[3]؟!!

ثم إن عدم احتجاج البخاري بخليد بن جعفر لا يضره، ومسلم وإن قرنه مع حديث المستمر، إلا إنه قد احتج به في موضع آخر كما ذكر ذلك البيهقي في كتابه (المعرفة)، وقد روى عنه عزْرَة

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص18. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص245. سبط ابن الجوزي، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، ج1/ ص363. الزبيدي، محمد محمد مرتضى، عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة، تحقيق وهبي سليمان غاوجي الألباني. ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1958م، ج2/ ص58

(2) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (458 هـ)، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز،1994م، ج6/ ص71

(3) الزبيدي، عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة، ج2/ ص58، 59

بن ثابت وشعبة وكان يثني عليه وقال عنه:كان من أصدق الناس وأشدهم إتقانا. كما وثقه ابن معين وغيره. فكيف يجعل من هذا حاله مجهولا لا يعرف[1]؟!!

وأما معاوية بن قرة فقد ذكر ابن عساكر في التاريخ أن له رؤية، وحكى عن ابن سعد أنه عده من الطبقة الثانية، وحكى عن خليفة وغيره أنه توفي سنة ثلاث عشرة، وعن يحيى وغيره أنه بلغ ستا وتسعين سنة، فعلى هذا يكون مولده سنة سبع عشرة، فكيف لم يدرك عثمان[2]؟!!

2- استدلوا كذلك بأن دين المحال معلق قبل الحوالة بذمة المحيل، ولا يسقط الدين ولا تبرأ ذمته في الأصل إلا بالقضاء؛ لقوله عليه السلام: [الدين مقضي][3]، أو بالإبراء؛ حيث ألحق الإبراء بالقضاء في إسقاط الدين، وأما الحوالة فليست بقضاء ولا بإبراء، فيبقى الدين في ذمة المحيل حتى بعد الحوالة، وفائدة الحوالة انتقال المطالبة إلى المحال عليه إلى غاية التوى، لأن حياة الدين بالمطالبة، فإذا توى لم تبق وسيلة إلى إحيائه، فتعود المطالبة إلى محلها الأصلي وهو المحيل[4].

- **مناقشة الدليل:**- إن أصل هذا الدليل الذي ذكره الكاساني لا يتفق مع فائدة وحكم الحوالة على الصحيح من المذهب عند الحنفية؛ لأنه يرى الحوالة نقلا للمطالبة فحسب، وأنها لا تبرأ بها ذمة المحيل، في حين أن الصحيح من المذهب الحنفي ــ كما ذكره صاحب شرح فتح القدير[5] ــ هو أن المحيل يبرأ بالحوالة من الدين، وإن كانت براءة مقيدة بعدم التوى. ويمكن أن يكون هذا الدليل موافقا فقط لما نقل عن طائفة من الحنفية-وهو قول محمد – بأن الحوالة تنقل المطالبة لا الدين[6].

3- كما استدلوا بأن المقصود والغاية من تشريع الحوالة استيفاء المحال دينه من المحال عليه، وليس مجرد إيجاب الدين عليه؛ لأن الذمم لا تختلف في مجرد الوجوب، وإنما تختلف في الإيفاء، وهذا هو المعروف بين الناس، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا، فإذا فات هذا الأمر المعروف وجب الرجوع على المحيل، وهذا كما في البيع، إذ المعروف في عقد البيع

---

(1) الزبيدي، عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة، ج2/ ص58، 59. * بيان ذلك أنه توفي سنة مائة وثلاث عشرة، عن عمر يناهز ستة وتسعين عاما، فبطرح المقدارين نتوصل إلى تاريخ ولادته؛ وهو سنة سبع عشرة للهجرة. وبذلك يكون قد عاصر كثيرا من الصحابة؛ ومن ضمنهم عثمان بن عفان ــ رضي الله عنه.

(2) الزبيدي، عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة، ج2/ ص58+ 59

(3) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع:باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، ج3/ ص565، رقم الحديث: 1265، قال الترمذي: حديث أبي أمامة هذا حديث حسن غريب. وأخرجه البيهقي في سننه، ج6/ ص88، حديث رقم: 11254باب العارية مؤداة.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص18

(2) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص241

(6) ذكر صاحب فتح القدير نقلا عن بعض المحققين إنكارهم لهذا الخلاف،وقولهم بأنه لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين،بل غاية ما في الأمر أنه ذكر أحكاما متشابهة،واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا،ومن ثم جعل المنقول المطالبة فحسب، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء، ومن ثم جعل المنقول الدين والمطالبة به معاً،وقد فعل ذلك مراعاة لحقيقة اللفظ والمعنى ؛فاعتبار حقيقة اللفظ يوجب اعتبار النقل للدين والمطالبة معا،لأن الحوالة منبئة عن النقل،وقد أضيف إلى الدين،وأما اعتبار المعنى فيوجب تحويل المطالبة دون الدين؛ لأن الحوالة تأجيل معنى،بدليل أنه إذا مات المحال عليه مفلسا عاد الدين على المحيل، وهكذا اعتبرت الحقيقة في بعض الأحكام،واعتبر المعنى في البعض الآخر . (السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص242)

سلامة المبيع للمشتري وخلوه من العيب، فعند فوات ذلك بالاستحقاق أو بهلاك المبيع قبل القبض أو بفوات وصف السلامة، رجع المشتري في هذه الحالات بالعوض.

وإنما كان الرجوع على المحيل؛ لأن ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل بموجب عقد الحوالة، فإذا فات الخلف رجع بالأصل[1].

ثانيا: دليل الإمام زفر ومن معه.

يستند هذا القول على رأي زفر من الحنفية ومن معه في حكم الحوالة ابتداء؛ حيث ذهبوا جميعا إلى القول بأن الحوالة كالكفالة، ومن ثم يجوز للمحال الرجوع على أي من المحيل أو المحال عليه بدينه، سواء أفلس أحدهما أم لا.

ذلك إن ذمة المحيل لا تبرأ بمجرد عقد الحوالة؛ لأن مقصود الحوالة التوثق لحق الطالب (الدائن)، وهو حاصل بازدياد المطالبة بالدين من المدين ومن غيره كالكفالة؛ وحيث إن الكفالة لا تؤثر في إسقاط المطالبة عن المكفول عنه، فكذلك تكون الحوالة، ومن ثم فلا يسقط التزام المحيل أساسا بدين المحال. وعليه فإنه إذا مات المحال عليه مفلسا، كان من حق المحال الرجوع على المحيل بدينه، كما كان ذلك من حقه دون موت المحال عليه مفلسا.

مناقشة الدليل:- رد الحنفية أنفسهم على هذا الأصل عند زفر ومن معه بأن أحكام العقود الشرعية المسماة بأسماء تثبت على وفق المعاني اللغوية لتلك الأسماء؛ ومعنى الحوالة هو النقل والتحويل، وهذا لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل؛ لأن الدين عند نقله من ذمة إلى أخرى، لا يمكن بقاؤه في الذمة الأولى- المنقول منها. أما الكفالة فمعناها لغة الضم، وهذا لا يتحقق إلا بضم ذمة المدين إلى ذمة الكفيل في المطالبة بالدين، فلا يتصور هذا الضم مع براءة ذمة الأصيل. ولذلك يكون الاستيثاق فيها بالضم، أما في الحوالة فيكون الاستيثاق باختيار من هو أملأ وأحسن قضاء من المحيل[2].

ثالثا: أدلة الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة.

1- استدل الجمهور على رأيهم بما رواه الأعرج عن أبي هريرة - رضي الله عنه- أن الرسول صلى الله عليه وسلم- قال:- [مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع] حديث متفق عليه[3].

وقد أخرج البيهقي هذا الحديث بلفظ الإحالة:روي عن الأعرج عن أبي هريرة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال:- [مطل الغني ظلم، وإذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل][4].

وجه الاستدلال بهذا الحديث:-

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق،ج4/ ص172

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص171. السرخسي، المبسوط، ج19/ ص162. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص242

(3) أخرجه: البخاري في صحيحه: كتاب الحوالات - باب في الحوالة: رقم الحديث: 2166،ج 2/ ص799 . كما أخرجه مسلم في صحيحه:باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة:رقم الحديث:1564، ج3/ ص1197 ولفظ (فليتبع): يصح بتشديد التاء: فليَــتَّبِع ،أو سكونها: فليَتْبَع .

(4) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الحوالة،باب:من أحيل على ملي فليتبع ولا يرجع على المحيل، رقم الحديث: 11171،ج6/ ص70

أولا:-جاء عموم ظاهر الحديث في اتباع المحال عليه مطلقا، حيث قال عليه السلام: [فليحتل][1]، ولم يستثن فيه حالة موت المحال عليه مفلسا أو جحوده أو تفليس القاضي له أو غيرها من الحالات، بمعنى أنه لم يقيد عقد الحوالة بشرط السلامة، فتكون الحوالة مبرئة للمحيل براءة مطلقة، ولا يرجع المحال على المحيل بموجب عقد الحوالة، إلا إن يكون هنالك سبب جديد للرجوع على المحيل -غير عقد الحوالة المبرم، ولا سبب هنا فلا رجوع.

وأيضا قالوا بأن المراد بالأمر في هذا الحديث ليس حقيقة الاتباع؛ لأن اتباع المحال عليه ليس بواجب على المحال، وإنما هو حق له لاستيفاء حقه منه، فكان المراد من الأمر باتباعه ترك اتباع المحيل[2].

ثانيا:- وجه استدلال الشافعي ـــ رضي الله عنه ـــ بهذا الحديث:-

لو كان للمحال الرجوع على المحيل، لما كان لذكر الملاءة في الحديث السابق فائدة؛ إذ إنه لو لم يصل المحال إلى حقه، فإنه سيرجع به على المحيل، على الرغم من كونه مليئا عند الإحالة. فعندما قيد المحيل بكونه مليئا ابتداء، علم أن الحق انتقل عندئذ انتقالا لا رجوع به، وفائدة هذا التقييد حراسة الحق، فإذا قيل بعد ذلك بجواز رجوعه على المحيل، فيكون ناقضا لذلك القيد[3].

ثالثا:- وقد استدل المالكية بهذا الحديث على أن المحيل إذا غر بالمحال بأن أحاله على غير مليء ابتداء، من غير علم المحال ورضاه، فإن الحوالة لا تلزم ذلك المحال؛ وتوجب على المحيل غرم المال؛ وذلك لتصريح الحديث بذكر الملاءة في ابتداء الحوالة[4].

- مناقشة الدليل:- اتفق الحنفية مع الجمهور في الاستدلال بهذا الحديث على براءة المحيل بعقد الحوالة، إلا إنهم اختلفوا معهم في تقييد هذه البراءة أو جعلها مطلقة، فكما رأينا توجيه الاستدلال عند الجمهور نحو جعل البراءة مطلقة، بحيث لا يعود المحال على المحيل بحال من الأحوال، بينما رد الحنفية هذا الإطلاق واتجهوا نحو تقييد براءة المحيل بشرط السلامة- أي سلامة حق المحال، فهي وإن كانت مطلقة باللفظ، إلا إنها مقيدة معنى؛ وثبت هذا القيد بدلالة الحال؛ إذ المقصود من عقد الحوالة استيفاء دين المحال على الوجه الأفضل، وليس مجرد الوجوب على المحال عليه؛ لأن الذمم لا تختلف في هذا القدر من الالتزام، وإنما تختلف في حسن الوفاء بالدين أو عدمه، فلما كان المقصود من الحوالة استيفاء الدين من المحال عليه على الوجه الأحسن، صارت السلامة في المحل الثاني كالشرط في العقد الأول، فإذا لم يحصل الشرط رجع حق المحال على الأصيل -المحيل[5].

كما رد الكاساني على الشافعي في استدلاله بهذا الحديث بأنه لا حجة له فيه؛ لأنه عليه السلام جعل الحكم أو الأمر في الحديث مقيداً بشرط الملاءة باللفظ الصريح:- (من أحيل على مليء)، وفي حالة موت المحال عليه مفلسا، لا يمكن تطبيق هذا الأمر باتباعه؛ لأن شرط

---

(1) الرملي، نهاية المحتاج، ج 4/ ص428
(2) سبط ابن الجوزي، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، ج1/ ص364
(3) الرملي، نهاية المحتاج، ج 4/ ص428
(2) ابن عبد البر، الاستذكار، ج7/ ص219
(5) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص244

الملاءة لم يعد موجودا مع إفلاس المحال عليه، وإذا انتفى الشرط انتفى المشروط؛ لأن الشرط هو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم[1].

وأضاف صاحب إيثار الإنصاف بأن الأمر بالفعل ــ وهو هنا الاتباع ــ لا يقتضي التكرار، لأنه أمر باتباع المليء، فما دام مليئا يجب اتباعه، فأما المفلس فلا يجب اتباعه[2].

2- وأيضا روي أن حزن جد سعيد بن المسيب كان له على علي بن أبي طالب-كرم الله وجهه- حق، فسأله أن يحيل به على رجل، فأحاله به عليه، فمات المحال عليه، فرجع جد سعيد على علي يطلب منه دينه، فقال له علي: [اخترت علينا غيرنا، أبعدك الله][3].

وجه الاستدلال: إن قول علي لجد سعيد: [اخترت علينا غيرنا، أبعدك الله] فيها دلالة على أن عليا لم يخبر ذلك الرجل بأن له الرجوع عليه بدينه بعد موت المحال عليه؛ لكونه قد اختار المحال عليه ابتداء ورضي به في حياته، فيتحمل نتيجة اختياره حتى لو مات المحال عليه، فأبعده بمجرد احتياله[4].

وقد جاء في المجموع أنه لم ينكر أحد من الصحابة على علي – كرم الله وجهه- ذلك التصرف، فكان إجماعا من الصحابة أيضا على منع رجوع المحال على المحيل بموت المحال عليه مفلسا[5].

3- ولأنه لا يخلو أنه بالحوالة إما أن يكون قد سقط حق المحال من ذمة المحيل أو لم يسقط، فإن لم يسقط كان للمحال الرجوع عليه سواء مات المحال عليه أو لم يمت، أفلس أو لم يفلس، وكلا الفريقين متفقان على أنه لا يعود المحال على المحيل بهذا الإطلاق، فبقي القول بسقوط حقه، فإن قالوا بهذا القول الأخير، فكيف يكون للمحال الرجوع على المحيل إذا أعسر المحال عليه أو إذا مات مفلسا، بعد سقوط حق المحال على ذلك المحيل؟؟! والقاعدة الفقهية تقضي بأن الساقط لا يعود[6].

4- استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من بقاء التزام المحال عليه بوفاء دين المحال؛ بأن الحوالة عندهم بمنزلة القبض والإيفاء، فلا أثر بعد ذلك لموت المحال عليه مفلسا؛ لأن المحال عندما رضي بالحوالة، فكأنما قبض دينه بمجرد عقد الحوالة[7].

كما أن فائدة عقد الحوالة تحويل وانتقال حق المحال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فتبرأ ذمة المحيل ويسقط عنه الدين ولا يعود بعد انتقاله[1]. ذلك أن قبول الحوالة يتضمن أو يتطلب الاعتراف بشروطها وما يترتب عليها.

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج 6/ ص18

(2) سبط ابن الجوزي، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، ج1/ ص364

(3) ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، التحقيق في أحاديث الخلاف، ط1، 1415هـ، بيروت: دار الكتب العلمية، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ج2/ ص204 .

الحكم على الأثر:- ذكر ابن عبد الهادي الحنبلي في تنقيح تحقيق أحاديث التعليق ج3/ ص31: [هذه القصة ذكرها غير واحد من أصحاب أحمد بغير إسناد، قال شيخنا: ولم أجد لها إلى الآن سندا،والله أعلم] .

هذا ولم أعثر في كتب الحديث الأخرى على هذا الأثر،إلا إنه ورد ذكره في كتب بعض الفقهاء فقط .

(4) ابن مفلح، المبدع،ج4/ ص271. ابن الجوزي،التحقيق في أحاديث الخلاف، ج2/ ص204

(5) النووي، المجموع، ج13/ ص86

(6) النووي، المجموع، ج13/ ص86

(7) الخرشي، حاشية الخرشي، ج6/ 298. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج5/ ص235. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص136. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص386، ص388

5- ثم إن عقد الحوالة عقد لازم لا ينفسخ بفسخه ؛ فيمتنع رجوع المحال على المحيل قياسا على امتناع رجوع المشتري على البائع فيما لو اشترى شيئا وغبن فيه، أو فيما لو أخذ عوضا عن دينه ثم تلف ذلك العوض عنده فلا يرجع بعد ذلك على المدين، وكذلك الحال فيما إذا قبل الحوالة فلا رجوع له على المحيل(2).

المناقشة والترجيح:

يتبين من خلال عرض أدلة كل من الفريقين أن كلا منهما يستدل بقول صحابي أو فعله، ومن ثم يذهب للقول بأنه لا معارضة له من قبل الصحابة، فعدوه إجماعا، فكيف ينعقد الإجماع من الصحابة على رأيين مختلفين في المسألة نفسها، فأي إجماع هذا الذي ينسب إلى الصحابة بهذه الكيفية؟!

ولكن وبعد دراسة أدلة كل فريق ومناقشاتها، تبين أن استدلال الجمهور بالأثر عن علي لا يوجد له إسناد حتى عند من رواه من أصحاب الإمام أحمد-رحمه الله، كما جاء في الحكم عليه. ومن ثم فلا يمكن التعويل عليه في الترجيح.

وبالمقابل فإن استدلال الحنفية بالحديث عن عثمان – رضي الله عنه – أقوى في مواجهة الأثر عن علي، مع قوة الرد على المناقشة لهذا الحديث.

وبرأيي أن المحور الرئيس المتفق عليه، والذي دارت حوله نقاشات الفقهاء في كيفية الاستدلال به، إنما هو الحديث المُخَرَّجُ في الصحيحين؛ وهو قوله – صلى الله عليه وسلم:- [من أحيل على مليء فليتبع].

والذي أرجحه مما ورد في كلام الفقهاء في الاستدلال بهذا الحديث هو رأي الحنفية في تقييد براءة المحيل بعدم التوى؛ حيث صرح عليه السلام بصفة الملاءة في المحال عليه، وهذا التصريح منه عليه السلام باعتقادي أنه معتبر في كل وقت، وليس فقط عند انعقاد عقد الحوالة، لأن المحال عليه قد يكون مليئا عند العقد، ولكنه قد يؤخر أداء دين المحال مماطلة منه مثلا، حتى يموت مفلسا، فإذا قيل بسقوط حق المحال عندئذ مطلقا، فقد تتخذ هذه الحوالة ذريعة لإسقاط دين المحال عن كل من المحيل والمحال عليه. ولا شك أن الشرع قال بسد الذرائع. ثم هل نعاقب ذلك المحال فوق صبره على المدين، وصبره على المحال عليه، هل نعاقبه بإسقاط دينه نهائيا ؟ مع العلم بأن الحوالة قد تتم بمبالغ كبيرة، فهل نسقط دينه بهذه الطريقة ؟!!

لا شك أن هذا ظلم يجب رفعه، وإنما يتم رفعه في هذه الحالة بإعطاء المحال حق الرجوع على المحيل بدينه. وهو ما ذهب إليه الحنفية، وهو الرأي الذي أرجحه. فالحوالة إنما شرعت لإيفاء الحقوق ولم تشرع لإسقاطها، فإذا لم تتحقق الغاية من تشريعها، فهل نضيف إلى ذلك إسقاط حق المحال نهائيا حتى عن المدين الأصلي(المحيل)؟! والله تعالى أعلم بالصواب.

- المسألة الثانية:- أثر موت المحيل في الالتزامات الناشئة عن الحوالة المقيدة

تحرير محل النزاع:-

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383

(2) الرملي، نهاية المحتاج، ج4/ ص428

لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا أدى المحال عليه مال الحوالة إلى المحال فقد انتهت الحوالة، ومن ثم فلا أثر لموت المحيل أو المحال عليه بعد ذلك في هذا العقد[1].

لكنهم اختلفوا فيما إذا مات المحيل في الحوالة المقيدة ـــ بغض النظر عن موته مفلسا أم مليئا، ولم يقبض المحال دينه أو قبض جزءا منه فقط من المحال عليه، فهل تنفسخ الحوالة بموته أم لا؟! وعلى القول بانفساخها، فما مصير التزام المحال عليه بالمال الذي قيدت به هذه الحوالة ابتداء ؟!

سبب الاختلاف:-

اختلف الفقهاء في هذه المسألة بناء على اختلافهم في حكم الحوالة المقيدة قبل استيفاء المحال دينه؛ هل هي لازمة بمجرد العقد، ومن ثم تفيد التملك، أم إنها جائزة وتفيد النقل فحسب؟ فالذين قالوا بأن الحوالة تفيد التملك وأنها بمنزلة القبض بمجرد العقد، قالوا بأن الحوالة المقيدة لا تبطل بموت المحيل، ومن ثم فلا يسقط التزام المحال عليه تجاه المحال وحده، وعليه فلا استحقاق لغرماء المحيل ولا لورثته في مشاركة المحال بهذا المال الذي تملكه بموجب عقد الحوالة.

وأما الذين قالوا بأنها لا تفيد التملك، وإنما تفيد النقل – نقل الدين أو المطالبة به من ذمة إلى أخرى، فهؤلاء قالوا ببطلان الحوالة المقيدة بموت المحيل قبل استيفاء دينه، ومن ثم يسقط التزام المحال عليه تجاه المحال، ويعود التزامه تجاه المحيل بدينه. ويستحق غرماء المحيل أو ورثته مشاركة المحال بالدين المحال به، أو بما لم يقبضه ذلك المحال أثناء حياة المحيل.

مذاهب الفقهاء:-

للفقهاء في هذه المسألة مذهبان:-

المذهب الأول:-

وهو ما ذهب إليه الحنفية – عدا زفر[2]؛ حيث قالوا بأنه إذا مات المحيل قبل أن يستوفي المحال دينه من المحال عليه، فإن الحوالة المقيدة بدين أو بعين تنفسخ بموته، فيسقط التزام المحال عليه تجاه المحال بوفاء دينه أو الجزء المتبقي منه، ويصبح المحال عليه ملتزما تجاه ورثة المحيل بما بقي عليه من دين لمورثهم، وبالصفة التي كان عليها هذا الدين قبل عقد الحوالة من حلول أو تأجيل [3]، ومن ثم يضم هذا الدين إلى تركة المحيل. وما كان قبضه المحال أثناء حياة المحيل فهو له. وأما ما لم يقبضه، فيتبع المحال التركة لاستيفائه منها إذا لم يكن للمحيل غرماء غيره. وأما إذا وجد للمحيل غرماء غيره، فيكون بينه وبين باقي الغرماء بالحصص.

المذهب الثاني:-

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص19

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص17. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص245. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174. ابن نجيم، البحر الرائق،ج6/ ص274. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين،ج5/ ص345، ص347 – 348. السرخسي، المبسوط،ج20/ ص71

(2) لم يقسم الحنفية الحوالة المقيدة إلى حالة ومؤجلة،في حين أنهم قسموا الحوالة المطلقة إلى حالة ومؤجلة ومبهمة. وفي حالة بطلان عقد الحوالة المقيدة بموت المحيل، فإن عودة الدين على المحال عليه بالصفة التي كان عليها قبل عقد الحوالة من الحلول أو التأجيل، إنما هو لأن المتوفى هو الدائن وليس المدين، والدين لا يحل بموت الدائن إذا كان مؤجلا؛ باتفاق الفقهاء الأربعة. –عدا الظاهرية.

وهو ما ذهب إليه زفر من الحنفية[1] والمالكية[2] والشافعية[3] والحنابلة[4]، حيث قالوا بأنه إذا مات المحيل قبل أن يقبض المحال دينه، فإن الحوالة المقيدة لا تبطل بموته مطلقا، ومن ثم يبقى التزام المحال عليه تجاه المحال وحده، وبذلك يختص المحال بالدين المحال به دون ورثة المحيل وبقية غرمائه.

وبالمقابل فإن ورثة هذا المحيل يبقون ملتزمين بعدم مطالبة المحال عليه بدين مورثهم – المحيل – على المحال عليه؛ لبقاء حق المحال فيه.

وإذا كانت الحوالة بدين مؤجل، فإن الدين لا يحل على المحال عليه بموت المحيل، ويبقى الأجل على حاله بالنسبة له[5].

– أدلة الفقهاء ومناقشاتها:–

أولا:– أدلة الفريق الأول.

1– استدل الحنفية– عدا زفر[6] على ما ذهبوا إليه: بأن مال الحوالة الذي لم يستوفه المحال قبل موت المحيل، إنما هو باق على ملك المحيل؛ حيث إن العين التي بيد المحال عليه للمحيل، ولم يثبت عليها يد الاستيفاء لغيره، وكذلك الدين الذي للمحيل على المحال عليه، لم يتملكه المحال بمجرد عقد الحوالة، وعليه فيضم هذا المال إلى تركة المحيل بعد موته، ويصبح المحال أسوة لغرماء المحيل في نصيبه منه.

فإذا قسم هذا الدين بين غرماء المحيل ــ ومن ضمنهم المحال ــ بالحصص، لم يرجع المحال على المحال عليه بحصة الغرماء؛ لأن دين المحيل على المحال عليه، والذي كانت الحوالة مقيدة به صار مستحقا، فليس له الرجوع به كما لو استحق الرهن، ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة؛ لأنه صار هالكا فلا يرجع به على أحد.

وإنما لم يتملك المحال المال الذي قيدت به الحوالة بمجرد العقد؛ لأن الحوالة لم توضع للتملك، وإنما للنقل. ولأنه لو تملكه بهذا العقد، للزم من ذلك تمليك الدين من غير من هو عليه الدين[7]، وهو باطل غير مُتَصَوَّرٍ.

---

(1) السرخسي، المبسوط،ج20/ ص71. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص241. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص78

(تجدر الإشارة هنا إلى أن زفر وإن وافق جمهور الفقهاء في اختصاص المحال بدين المحيل على المحال عليه،إلا إنه خالفهم في أساس المسألة–كما خالف مذهبه – بتكييفه الحوالة على أنها كفالة بالمال،ومن ثم فلا تبرأ بها ذمة المحيل من دين المحال،ويبقى حق المحال بالرجوع على من شاء من المحيل أو المحال عليه في حياتهما أو بعد مماتهما أو ممات أحدهما بحيث يعود على تركته).

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج13/ ص289. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص274،273

(3) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج، ج5/ ص233. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. دار الكتب العلمية: بيروت، 1994م، ج6/ ص422

(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383

(7) الرملي، نهاية المحتاج، ج4/ ص 412

(6) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص274. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص347

(7) تمليك الدين من غير من عليه الدين صورته:– إذا كان في التركة ديون،وأخرج الورثة أحدهم بالصلح على أن يكون الدين لهم فلا يجوز هذا الصلح ؛لأنه تمليك للدين الذي هو حصة المصالح،من غير من عليه الدين وهم الورثة

وقد ذكر ابن نجيم الحوالة ضمن مستثنيات قاعدة [لا يصح تمليك الدين من غير من عليه الدين]؛ حيث قال: [وخرج عن تمليك الدين لغير من هو عليه: الحوالة؛ فإنها كذلك مع صحتها، كما أشار إليه الزيلعي منها][(1)].

وإنما يكيف الحنفية الواجب بالحوالة المقيدة على أنه كالواجب بالحوالة المطلقة؛ وهو دين للمحال في ذمة المحال عليه، مع بقاء دين المحيل بحاله؛ وذلك خروجا عن مسألة تمليك الدين من غير من عليه الدين. ولأن تعلق الدين إنما يكون بالذمة لا بالدين الآخر. وحتى على القول بأن الدين قد يتعلق بالدين الآخر، فإن دين المحال هنا لا يتعلق بالدين الآخر –دين المحيل على المحال عليه– إلا أن يكون قابلا للاستيفاء، والدين لا يقبل استيفاء دين آخر منه إلا بعد خروجه، فقبل خروجه من المحال عليه، لم يكن لدين الحوالة تعلق به بوجه من الوجوه، فكان كالحوالة المطلقة في حالة بقائه في يد المحال عليه. والذي يمنع المحيل من التصرف فيه حال حياته، عرضة هذا المال للخروج، فإذا خرج يكون المحال أحق به [(2)].

ويترتب على هذا التكييف أنه لو توي ما على المحال عليه، فإن المحال يرجع بدينه على المحيل، لأن مال الحوالة المقيدة هو مال المحيل، وإنما لم يكن للمحيل أخذه حال حياته؛ لأن المحال عليه لم يقبل بهذه الحوالة المقيدة أساسا إلا ليتملك ما في ذمته للمحيل، أو ليوفي دين المحال من ذلك المال. فلو أن المحيل أخذه منه، فإنه يفوت بذلك رضا المحال عليه بالحوالة، فتبطل الحوالة، حيث إن من شروط صحة الحوالة المقيدة عند الحنفية رضا المحال عليه بالحوالة .

وكان من المفترض أن لا يزاحم المحال غرماء المحيل بدينه؛ لتعلق حقه بذمة المحال عليه بموجب عقد الحوالة المقيدة، قياسا على الحوالة المطلقة، ولكن تقييد الحوالة بمال المحيل الذي عاد إلى تركة المحيل بموته، ترتب عليه بطلان الحوالة؛ لفقدان رضا المحال عليه بهذه الحوالة بسبب رجوع مال المحيل إليه بعد موته، وعليه فيعود دين المحال إلى ذمة المحيل المتوفى كما ما كان قبل عقد الحوالة، ويستوفى من تركته [(3)].

2–وأيضا استدلوا بقاعدتي: [الغنم بالغرم] و [الخراج بالضمان][(4)]، حيث طبقوهما على المحيل والمحال؛ ذلك أن المحال في الحوالة المقيدة لم يختص بغرم المال المحال به، إذ إنه لو هلك ذلك المال المحال به ، فإنه لا يسقط دينه على المحيل، بل يكون تحمل هلاك المال المحال به على المحيل وحده، بحيث يختص هو بغرمه، فيكون من حق المحيل الاختصاص بغنمه أيضا

فبطل،وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء من نصيب المصالح من الدين جاز ؛لأن ذلك تمليك الدين ممن عليه الدين،وهو جائز (الجرجاني، التعريفات، ج1/ ص92)

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص309

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص274. السرخسي، المبسوط، ج20/ ص87. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج 5/ ص347. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص245، ج6/ ص470

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174

(4) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص136،135، وأصل هذه القاعدة حديث شريف صحيح،أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه وابن حبان والشافعي وأحمد:وتعني: ما خرج من الشيء من غلة ومنفعة وعين فهو للمشتري، عوض ما كان عليه من ضمان الملك،حيث إنه لو تلف المبيع كان على المشتري ضمانه، فتكون الغلة له ليكون الغنم في مقابل الغرم.

بناء على هذه القاعدة. ويتمثل الغنم بضم مال الحوالة إلى تركة المحيل، فيما لو مات المحيل قبل أن يستوفي المحال دينه من المحال عليه [1].

ثانيا:- أدلة الجمهور.

1- استدل الجمهور ــ عدا زفرــ على ما ذهبوا إليه بأنه بمجرد عقد الحوالة المقيدة، فقد برئت ذمة المحيل من دين المحال براءة مطلقة، فلا يرجع عليه بدينه أبدا، ولو تعذر استيفاء دين المحال من المحال عليه. وعليه فيسقط ما كان للمحيل على المحال عليه من حق، ويصير ذلك الحق للمحال الذي أحيل له الحق وحازه، فأشبه البيع، فلا يبقى مالا للمحيل بحال من الأحوال[2].

2- ويمكن الاستدلال للجمهور -عدا زفر -على ما ذهبوا إليه من عدم بطلان الحوالة بموت المحيل قبل قبض المحال دينه، واختصاص المحال بدين المحيل على المحال عليه دون سائر الورثة، بأن الحوالة بالحق (الحوالة المقيدة) تجري مجرى القبض بدليلين:-

الأول: بمجرد هذه الحوالة تتم عملية الصرف صحيحة بالرغم من افتراق المتعاقدين دون مبادلة المال بالمال بنفس المجلس، ومن شروط الصرف القبض بنفس المجلس، فدل ذلك على أن الحوالة تعتبر قبضا بمجرد عقدها، إذ لو لم تكن قبضا لبطلت بذلك الافتراق.

الثاني: يجوز لورثة المحيل اقتسام تركة مورثهم ــ دون ما له من دين على المحال عليه؛ لتعلق حق المحال به ولو لم يقبضه بعد، فدل ذلك على أن حق المحال مقبوض بنفس الحوالة، إذ لو لم يكن كذلك لما جاز للورثة أن يقتسموا تركة مورثهم قبل الوفاء بديون الميت (المحيل)؛ لبقاء حق المحال(وهو دائن للميت) فيها.

وهكذا فإذا جرت الحوالة مجرى القبض، فلا سبيل عندئذ لأحد من غرماء المحيل أو من ورثته في مشاركة المحال في دينه المقبوض بمجرد العقد[3].

3- وأما استدلال زفر على ما قاله من كون المحال أحق بالدين المحال به من غيره وبأن هذا هو القياس -الأصل؛ فهو أن المحال قد اختص به أثناء حياة المحيل حتى كان أحق به من المحيل نفسه، حتى إنه لو حجر المحيل عن استيفائه، فإن حق المحال يبقى متعلقا به، فكان المحيل كالأجنبي عنه، لا يجوز له أخذه، فصار كالخارج عن ملك المحيل ، فلا تقضى به ديونه. ومع أن ملك المحيل ثابت، إلا إن تعلق حق المحال سابق، فصار كالمرهون؛ يختص به المرتهن لتعلق حقه به سابقا على حق بقية غرماء الراهن، وكدين الصحة يقدم على دين المرض لنفس العلة . ومن ثم فيختص المحال به كذلك بعد موت المحيل من باب أولى[4].

-مناقشة الدليل:- تختلف الحوالة عن الرهن بتطبيق قاعدة:[الغنم بالغرم]؛ وذلك لأن المرتهن يختص بغرم الرهن دون الراهن، بحيث لو هلك الرهن يسقط دينه خاصة، ولا يعود بالهلاك

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص17

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج13/ ص289

(3) الماوردي، الحاوي الكبير، ج 6/ ص422

(4) السرخسي، المبسوط، ج20/ ص71، ص87. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174

على الراهن في هذه الحالة، فلما اختص بغرمه اختص بغنمه، وكان المرتهن أحق بالرهن الذي في يده من سائر الغرماء. بينما في الحوالة، لما كان المحال لا يختص بغرم المال المحال به إذا هلك، فلا يكون مختصا بغنمه بعد موت المحيل، فيكون من حق المحيل أن يضم ذلك المال إلى تركته بعد موته ليقسم بين سائر غرمائه وورثته[1].

المناقشة والترجيح:-

إن الناظر في أدلة الفريقين، يجد أن كلا منهما يستند إلى الأصل عنده في تكييف عقد الحوالة المقيدة وحكمها. فبينما يعتبر جمهور الفقهاء – عدا الحنفية- أن من شروط عقد الحوالة أن تكون مقيدة بدين للمحيل في ذمة المحال عليه، لا يعتبر الحنفية ذلك شرطا فيها. وعليه فتكون الحوالة المقيدة هي حقيقة الحوالة عند الجمهور، في حين أن الحنفية لم يعتبروها كذلك، بل نصوا على اعتبار الحوالة المطلقة هي حقيقة الحوالة، والتي تبرأ بها ذمة المحيل براءة مقيدة بعدم التوى. وأما الحوالة المقيدة فقد نصوا على كونها وكالة في القبض من وجه، ووكالة في الأداء من وجه آخر[2]. وهكذا فيختلف حكم الحوالة المقيدة عند الفريقين بناء على هذا التكييف. فباعتبارها حوالة حقيقة، تبرأ بها ذمة المحيل براءة مطلقة عند الجمهور، وباعتبارها وتكييفها على أنها وكالة عند الحنفية، فلا شك أنها تأخذ حكم الوكالة من حيث إنتهاء وبطلان الوكالة بموت المُوَكِّل (المحيل)، وعليه فيعزل الوكيل عن القبض(المُحال)، كما ويعزل الوكيل عن الأداء (المُحال عليه). ويقوم المحال عليه بأداء دين المحيل لورثته؛ كما لو لم تكن هنالك حوالة أساسا، فيضم هذا الدين إلى تركته، ومن ثم يقسم بين غرمائه ومن ضمنهم المحال.

ومن ثم فلا يمكن لأي من الفريقين إقامة الحجة على الفريق الآخر؛ لأن الفريق الآخر لا يقول بذلك الأصل عنده، فتكون تلك الحجة قاصرة على قائلها فحسب.

فمثلا إن الاستدلال بقاعدة: [الغنم بالغرم] على استحقاق المحيل وورثته من بعده لغنم المال المحال به بعد موته، إنما يكون متجها مع مذهب الحنفية في المعتمد عندهم، والقائل ببراءة المحيل براءة مقيدة بعدم التوى. ومن ثم فلا ينتهض دليلا أمام الجمهور الذين لم يقيدوا براءة المحيل بالتوى؛ وبتطبيق هذه القاعدة على رأي الجمهور الذين حملوا المحال وحده غرم هذا التوى في حياة المحيل، فيكون المحال الذي اختص وحده بالغرم، أحق بأن يختص بالغنم أيضا بعد موت المحيل، فلا يشاركه سائر غرماء المحيل. وهذا خلاف رأي الحنفية.

إلا إنني أميل إلى ترجيح رأي الجمهور القائل بعدم بطلان الحوالة المقيدة بموت المحيل، كما لم تبطل بموت المحال عليه مليئا باتفاق. وعليه فيختص المحال وحده بالدين المحال به بعد وفاة المحيل؛ لأن المحال – كما قال الإمام زفر- لما كان أحق بهذا الدين أثناء حياة المحيل حتى من المحيل نفسه، فمن باب أولى أن تستمر أحقيته بعد وفاة المحيل، ولا يكون غرماء المحيل ولا

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع،ج6/ ص17

(2) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص248. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص348

ورثته أحق من غريمهم أو مورثهم بدينه على المحال عليه والذي قيد به الحوالة، فلا يكون لهم حق مشاركة المحال بذلك الدين.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية برأي زفر في هذه المسألة[1]، كما جاء في المادة 692: [ينقطع حق مطالبة المحيل بالمحال به في الحوالة المقيدة، وليس للمحال عليه بعده أن يعطي المحال به للمحيل، وإن أعطاه يضمن. وبعد الضمان يرجع على المحيل، ولو توفي المحيل قبل الأداء وكانت ديونه أزيد من تركته فليس لسائر الغرماء حق في المحال به].

ثم إن المحال إنما منعه من التصرف بذلك الدين المحال عليه حال حياته، عرضة ذلك الدين للخروج، وعندئذ يصبح المحال أحق به، وهذا عند الحنفية، فلا بد أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لورثته، بحيث يمنعون من التصرف في هذا الدين لعرضته للخروج إلى المحال أيضا، فيكون أحق به بالخروج.

كما أن فائدة الحوالة المقيدة هي براءة المحيل من دين المحال، بغض النظر عن كونها براءة مطلقة أم مقيدة، لكن على القول ببطلان الحوالة بموت المحيل، فما فائدة هذه الحوالة عندئذ ؟ ومن ذا الذي سيغامر في الرضا بمثل هذه الحوالة التي إن ضمنت له حقه في حياة المحيل، فلا تضمن له حقه بعد وفاة محيله؟؟!!

فلهذا ولجميع ما سبق من أدلة عند الجمهور، فإنني أرجح رأي الجمهور، والله تعالى أعلم.

* الفرع الثاني:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن الحوالة المطلقة

لا بد من بحث أثر الموت في هذا النوع من الحوالة، وإن لم تكن معاوضة ابتداء؛ إلا إنها تصير معاوضة عندما يقوم الضامن بأداء دين المدين الأصلي، ومن ثم يرجع على المضمون عنه بما أداه عنه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإنني أرغب ببحث أثر الموت فيها نظرا لأهميتها، ولكي لا يختلط الأمر في تطبيق أثر الموت في الحوالة المقيدة على الحوالة المطلقة؛ لكونها مختلفة عنها في أساس تكييفها، ومن ثم في أحكامها المترتبة على ذلك التكييف.

ولكنني لن أدمج البحث في أثر الموت في الحوالة المطلقة عند الفقهاء ضمن مسألة واحدة، وذلك لتباين مذاهب الفقهاء في تكييفها ابتداء، ولتباين مذاهبهم في تطبيق أحكام العقود المكيفة على أساسها ثانيا، وهكذا فسأعرض رأي كل مذهب على حدة، في حكم هذه الحوالة، وما يترتب على موت أحد المتعاقدين فيها قبل الوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الآخر.

مذاهب الفقهاء:-

مذهب الحنفية:-

---

(1) حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، بيروت: دار الكتب العلمية، مجلد2/ ص10

ذهب الحنفية[1] إلى القول بأن الحوالة المطلقة لا تنفسخ بموت المحيل، ولا بموت المحال عليه إلا أن يموت المحال عليه مفلسا ولا مال له، ولا دين له على غيره، ولا كفيل عنه بدين المحال. ففي هذه الحالة تنفسخ الحوالة إذا تصادق المحال والمحيل على موت المحال عليه مفلسا. فإن اختلفا في ذلك فقال المحال بأنه مات مفلسا، وأنكر المحيل ذلك، فالقول قول المحال مع يمينه على العلم، لتمسكه بالأصل وهو العسرة، كما لو كان المحال عليه حيا وأنكر اليسر.

وعليه فإنه إذا انفسخت الحوالة بموت المحال عليه مفلسا، ففي هذه الحالة يعود الدين على المحيل بالصفة التي كانت عليه قبل عقد الحوالة؛ فإذا كان حالا على المحيل ابتداء، عاد إليه على حلوله. وإذا كان مؤجلا عاد إليه إلى أجله، ولا يقال هنا بأن الدين صار حالا على المحيل بسبب حلول الدين على المحال عليه بسبب موته؛ لأن عقد الحوالة قد انفسخ بموت المحال عليه مفلسا، ومن ثم زالت معه آثاره، ومن ضمنها حلول الأجل بموت المحال عليه، فيعود أطرافه إلى ما كانوا عليه قبل إبرامه[2].

وبالمقابل فإنه إذا مات المحيل وكان الدين حالا أو مؤجلا على المحال عليه، فلا يتأثر التزام المحال عليه تجاه المحال، بل يبقى قائما على حلوله أو تأجيله؛ لعدم انفساخ عقد الحوالة بموت المحيل[3]، ولا يشارك المحال فيه أحد من ورثة المحيل أو غرمائه؛ لعدم تقييد حقه بمال المحيل، حتى لو وجد في هذه الحوالة المطلقة دين للمحيل على المحال عليه ولم تقيد به الحوالة، فإنه يؤخذ جميعه، ومن ثم يقسم بين غرماء المحيل دون المحال[4]؛ ذلك أن فائدة الحوالة المطلقة هي براءة ذمة المحيل من دين المحال، وترتبه في ذمة المحال عليه، فلا يعود المحال على المحيل بشيء منه إلا بالتوى[5].

ولا يحل الدين على المحال عليه بسبب موت المحيل؛ وذلك لأن الأجل قد حل في حق الأصيل(المحيل) لاستغنائه عن الأجل بموته، ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه؛ لأنه حي محتاج إلى الأجل. فإذا قيل بأنه حل عليه بموت المحيل، فإنما يكون ذلك بناء على حلوله على المحيل، ولا وجه له؛ لأن الأصيل برئ عن الدين في أحكام الدنيا وصار كالأجنبي عنه[6].

---

(1) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص145، 246. الزيلعي، تبيين الحقائق،ج5/ ص172- 174

(2) السرخسي، المبسوط، ج20/ ص70. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص274. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص250. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص345، 347، 350

(1) السرخسي، المبسوط،ج20/ ص70. السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص250

(4) الكاساني، بدائع الصنائع،ج6/ ص17. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج4/ ص174

(5) انظر: تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين، ج8/ ص18 ،حيث أشار الرافعي إلى أن ما جاء في الحاشية من عبارة:[تنبيه بأن ما ذكر من القسمة وكون المحتال أسوة الغرماء في الحوالة المقيدة يعلم منه بالأولى أن الحوالة المطلقة كذلك،لما صرح به في الخلاصة والبزازية]. علق عليه الرافعي بقوله: [فيما قاله تأمل]،ثم بين حكم الحوالة المطلقة،ونقل عبارة البزازية وقال بأن الظاهر حمل بدايتها على الحوالة المقيدة بالعين لا المطلقة، وإلا تنافى كلامهم.

(4) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص250

ولكنهم احتياطا قالوا بأنه وإن لم يرجع المحال على تركة المحيل بسبب موت المحيل في الحوالة المطلقة، إلا إنهم نصبوا القاضي باعتبار أنه ناظر لأمور المسلمين، نصبوه لأن يحتاط في ذلك فيأخذ كفيلا من غرماء المحيل؛ وذلك لأنه يرجع إليهم في حالتين:-

الحالة الأولى:- إذا توي ما على المحال عليه، فإن المحال يرجع عليهم في هذه الحالة.

والحالة الثانية: إذا أدى المحال عليه الدين للمحال في الحوالة المطلقة، فإن المحال عليه يرجع على ورثة المحيل كذلك لاستيفاء دينه.

والأصل أن يكون ذلك من التركة، إلا إنها ولما اقتسمت من قبل غرماء المحيل، كان لا بد من أخذ كفيل منهم يختاره القاضي[1].

وقد استند الحنفية فيما ذهبوا إليه إلى اعتبارهم الحوالة المطلقة بأنها حقيقة الحوالة؛ حيث لم يشترطوا لصحة الحوالة ثبوت دين للمحيل على المحال عليه؛ لعموم قوله عليه السلام: [من أحيل على مليء فليتبع]، حيث لم يفرق النبي- صلى الله عليه وسلم- بين الحوالة المقيدة وبين الحوالة المطلقة في المشروعية[2]. ومن ثم فينطبق على الحوالة المطلقة حكم الحوالة بشكل عام؛ وهو براءة ذمة المحيل من دين المحال براءة مقيدة بعدم التوى، وهكذا فلا تنفسخ الحوالة بموت المحال عليه إلا أن يموت مفلسا.

وبالنسبة لعدم بطلان هذه الحوالة بموت المحيل؛ فذلك لأن شرط الرضا في الحوالة المطلقة لم يفت بموت المحيل؛ لعدم تقييد هذه الحوالة بمال المحيل ابتداء، ومن ثم فإذا مات المحيل، فلا تعلق لدين الحوالة بمال يعود على المحيل ويفوت بذلك رضا المحال عليه بالحوالة، بل إن تعلق دين الحوالة المطلقة يبقى بذمة المحال عليه سواء أكان ذلك في حياة المحيل أم بعد موته [3]. وذلك بخلاف الحوالة المقيدة كما سبق بيانه.

مذهب الجمهور:-

ذهب الجمهور من المالكية[4]، والشافعية في القول الأقوى عندهم[5]، والحنابلة[6] إلى القول بأن الحوالة لا تكون إلا مقيدة بدين للمحيل مستقر في ذمة المحال عليه، إذ هو شرط من شروطها، فإذا أحال الغريم (المدين) من له عليه دين (المحال) على من لا دين له عليه (المحال عليه) فلا تكون هذه الحوالة المطلقة حوالة بالمعنى الخاص لهذا العقد، ويترتب على ذلك عدم براءة المحيل

---

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص17
(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص16
(3) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص145، 246. الزيلعي، تبيين الحقائق،ج4/ ص174
(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص91
(5) النووي، منهاج الطالبين، ج1/ ص62
(6) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص385

بموجب هذه الحوالة حتى يقبض المحال دينه؛ سواء من المحيل أو من المحال عليه. بخلاف الحوالة المقيدة، حيث يبرأ المحيل عند الجمهور بمجرد عقد الحوالة.

ومن ثم فقد اختلفت آراء الفقهاء في أثر الموت في الحوالة المطلقة، بناء على اختلافهم في تكييف هذا النوع من الحوالة.

فعند المالكية تكيف الحوالة المطلقة على أنها حمالة إن رضي المحال عليه، وعند الشافعية لا تنعقد صحيحة في القول الأقوى عندهم، وفي القول الأضعف تنعقد صحيحة مع تكييفها بأنها ضمان[1]، وعند الحنابلة تكون وكالة في اقتراض.

وفيما يلي بيان آرائهم بالتفصيل في تكييف هذه الحوالة، وفي أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عنها.

أولا:- رأي المالكية.

ذهب جمهور المالكية[2] إلى تكييف الحوالة المطلقة على أنها حمالة إذا رضي المحال عليه بها؛ والحمالة تعني الضمان؛ والضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق[3].

ولذلك فقد أجروا عليها – كما بين ذلك السيواسي – شطر (نصف) حكم الحوالة؛ وهو اللزوم على المتحمل، دون الشطر الآخر؛ وهو انتقال الدين عن المدين، فلم تكن حوالة[4].

وذكر ابن رشد[5] في الحوالة على غير أصل دين (الحوالة المطلقة) أربعة أقوال في المذهب المالكي:-

القول الأول:- إن للمحال أن يرجع على من شاء من المحيل أو من المحال عليه (وهو قول مالك في رواية)، وقد أخبر عنه ابن القاسم في المدونة بأنه قد رجع عنه [6].

القول الثاني:- لا رجوع للمحال على المحيل بحال، كالحوالة المقيدة؛ وهو قول ابن الماجشون. واستبعده ابن رشد معللا ذلك بأنه إذا كان من حق المحال عليه أن يرجع على المحيل بما أداه عنه، فما المانع من رجوع صاحب الحق –الدائن الأصلي- على المحيل (وهو مدينه) إذا فلس المحال عليه ؟!!

القول الثالث:- الأصل أن لا يرجع على المحيل إلا في عدم المحال عليه .

---

(1) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص228
(6) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص91
(7) المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص96
(1) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص243
(2) ابن رشد، أبو الوليد القرطبي،(ت520هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي. دار الغرب الاسلامي، 1984م، ج11/ ص292
(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج13/ ص256. ابن عبد البر، الكافي، ج1/ ص399

القول الرابع:- الأصل أن يرجع المحال على المدين الأصلي إذا كان حاضرا مليئا ، ولا يرجع على الضامن إلا إن يعدم المدين الأصلي، أو يغيب ولا مال حاضر له يمكن الاستيفاء منه، أو أن يخاف صاحب الحق فوات حقه إن قام غرماء المدين عليه؛ وذلك لكونه مديانا- كثير التداين[1]، وهذا القول هو الذي رجع إليه مالك، وأخذ به ابن القاسم، ورواه ابن وهب وابن رشد، وهو الأظهر[2].

وأما القول الذي رجع عنه الإمام مالك فهو أن الطالب-المضمون له- مخير بين الرجوع على الضامن أو المضمون عنه في المطالبة[3]. والقول الأخير -المرجوع عنه- يصار إليه إذا اشترط على الضامن أن يكون ضمانه في الحالات الست التالية للمضمون عنه: العسر واليسر، الموت والحياة، والغيبة والحضور. أو في حالة اشتراط المضمون له مطالبة أيهما شاء[4]، ففي هذه الحالات يحق للطالب مطالبة الضامن ولو مع حضور المضمون عنه وكونه مليئا.

وأما مستندهم في القول الرابع فهو أن الأصل في الضمان أو الكفالة أنها لا تقتضي تبرئة المضمون عنه من الدين، وإنما تفيد ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول عنه في المطالبة، إلا إذا اشترط فيها براءة المضمون عنه، من هنا فإن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة المطلقة حتى يؤدي المحال عليه دين المحال. إلا إنهم جعلوا لفظ الحوالة فيها كشرط البراءة للمحمول عنه في الحمالة، بمعنى أنهم لما سموا هذا النوع من الضمان حوالة ــ الحوالة المطلقة ــ كأن اللفظ(الحوالة) بمثابة اشتراط براءة المضمون عنه في هذا الضمان، لأن مقتضى الحوالة الأصلية(المقيدة) براءة المحيل من دين المحال[5].

ويختلف أثر الموت في هذه الحوالة بناء على اختلاف حكم هذه الحوالة:-

- فبناء على القول بأن الأصل أن لا يرجع الدائن على المحيل (المضمون عنه) إلا في عدم المحال عليه، فهنا لا تنفسخ الحمالة بموت المضمون عنه، ولا بموت الضامن مليئا، أما إذا مات الضامن مفلسا، فهنا تنفسخ الحمالة بموته، ومن ثم يرجع الدائن على مدينه الأصلي (المضمون عنه) بدينه.

وهنا إذا اشترط المحيل على المحال ابتداء براءته من دينه بمجرد الحوالة، مع إعلامه له بأنه لا دين له على المحال عليه(حوالة مطلقة)، أو علم من غيره بذلك، ورضي المحال بذلك

---

(4) مالك بن أنس، المدونة الكبرى،ج13/ ص256. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص474
(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ 337
(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى،ج13/ ص256
(4) العدوي علي الصعيدي المالكي، حاشية العدوي، ج2/ ص474
(1) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب،ج2/ ص474

التحول. أو إذا قال المحال للمحيل:أحلني على فلان وأنت بريء من المال الذي عليك. أو إذا تحمل رجل عن آخر دينه من غير أن يحيله بحق له عليه، وقال للدائن: أنا لك بمالك، فحَرِّقْ ذكرَ الحق عن المدين، واطلبني بما عليه. ففي جميع هذه الأحوال إذا أفلس المتحمل أو مات ولم يترك وفاء، رجع صاحب الحق على مدينه الأصلي؛ لأن المتحمل إنما هو رجل وعد رجلا أن يسلفه ويقضي عنه دينه، فلا يثبت لهذا المتحمل شيء على المُتَحَمَّل عنه حتى يقضي دينه عنه، فإن لم يقض دينه عنه، فلا شيء له عليه، ومن ثم يرجع دين المحال على مدينه الأصلي[1].

ولكن ظاهر قول ابن القاسم يفيد أنه لا رجوع للمحال على المحيل مطلقا مع شرط البراءة؛ وذلك لأن المحال قد ترك حقه حيث رضي بالتحول على هذا الوجه[2]. وأشار الدردير إلى أن المذهب على هذا الإطلاق[3].

ولكن فقهاء المذهب[4] لهم تأويلان لكلام ابن القاسم؛ بحيث يقيدون عدم رجوع المحال على المحيل بحالتي فلس المحال عليه أو موته ولم يترك مالا:-

أحدهما: وهو ما رواه ابن وهب عن مالك في المدونة بعد رأي ابن القاسم مباشرة، حيث أوله الفقهاء على أنه مفسر لقول ابن القاسم الذي جاء على إطلاقه، وقد ذكر فيه ابن وهب رأي الإمام مالك – رحمه الله- بأن صاحب الحق يرجع إلى غريمه الأول إذا أفلس المتحمل أو مات ولم يترك شيئا؛ وذلك لأن المتحمل إنما هو رجل وعد رجلا أن يسلفه ويقضي عنه دينه، فلا يثبت لهذا المتحمل شيء على المُتَحَمَّل عنه حتى يقضي دينه عنه، فإن لم يقض دينه عنه، فلا شيء له عليه، ومن ثم يرجع دين المحال على مدينه الأصلي[5].

فيكون ابن وهب قد قيد ظاهر قول ابن القاسم في عدم رجوع المحال في هذه الصورة بأمرين: أن لا يموت المحال عليه ولم يترك شيئا أو أن لا يفلس حال حياته، فإن مات أو أفلس، فللمحال الرجوع على المحيل؛ ووجه هذا الرجوع أن هذه الحوالة تعتبر حمالة (ضمانا)، فلا تبرأ بها ذمة المحيل حتى يستوفي المحال دينه. وعزا ابن يونس هذا التأويل لمحمد.

وأما التأويل الآخر: يحتمل أن يكون قول ابن القاسم مقصودا به أن المحال قد أبرأ مدينه (المحيل) من الدين بهذه الحمالة، وبنفس الوقت أن يبرئ المحال عليه المحيلَ من الرجوع عليه بما سيقضيه عنه للمحال، فهنا لا رجوع للمحال ولا للمحال عليه على المحيل بأي حال من الأحوال. وعلى هذا التأويل لكلام ابن القاسم، يكون كلامه على غير الوجه الذي تكلم عليه في رواية ابن

---

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج13/ ص289، 290
(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4/ ص529، 530
(3) الدردير، الشرح الكبير،ج3/ ص326
(4) البناني، محمد بن الحسن بن مسعود، (ت1194هـ)، الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني وهو حاشية البناني [مطبوع مع شرح الزرقاني]، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمد أمين. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2002م، ج6/ ص31، 32. المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص105
(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج13/ ص289، 290

وهب، لأنه في رواية ابن وهب إنما تكلم في حالة أن يبرئ المحال وحده المحيل، ولا يكون المحال عليه قد أبرأ المحيل من الرجوع عليه بما أداه، فلا يكون المحال قد برئت ذمته من دين المحال حتى يقبض دينه، فيختلف الحكم ويكون للمحال الرجوع على المحيل إذا أفلس المحال عليه أو مات، وهنا لا تعارض بين الروايتين لعدم اتحادهما في تفاصيل المسألة المتكلم عليها، إذ كل له وجهة مختلفة [1].

- وأما على القول الآخر عند المالكية بأن الأصل رجوع الطالب على المضمون عنه لا على الضامن، إلا إن يعدم المضمون عنه:-

فإذا مات المدين الأصلي مليئا، فإن الدائن يرجع على تركته لاستيفاء دينه منها. وأما إذا مات مفلسا، أو لم تف تركته بدينه، فيرجع الدائن بدينه أو بما تبقى له منه على الضامن على الحلول إن كان الدين حالا عليه، أو مؤجلا بحسب العقد[2].

وإذا مات الضامن قبل أن يفي بدين المضمون عنه، فهنا ينظر[3] :

فإذا مات الضامن عند حلول أجل الدين أو بعده، فلا رجوع للطالب على تركة الضامن لاستيفاء حقه منها إذا كان المضمون عنه حاضرا موسرا، وإن لم يكن المضمون عنه كذلك، بأن كان غائبا أو مات ولم يترك مالا، أو كان حاضرا معسرا، فهنا للطالب اتباع تركة الضامن. وأما إذا مات قبل حلول أجل الدين، فيبقى دينه إلى أجله، ويرجع به على مدينه الأصلي، لا على الضامن.

- وأما على قول مالك في كون الطالب مخيرا في الرجوع على أيهما شاء، فإذا مات الضامن قبل حلول أجل الدين، فهنا يخير الطالب بين أمرين:

1- إما أن يبقى إلى الأجل ويتبع المدين الأصلي. وهنا فلا رجوع له على تركة الضامن؛ لأنه اختار الرجوع على مدينه عند حلول أجل الدين.

2- وإما أن يتعجل ماله فيأخذه من تركة الضامن ــ ولو كان الغريم حاضرا مليئا. وحيث إن الدين المؤجل هنا يصبح حالا على من مات، ويبقى مؤجلا على الحي،لا يحق لورثة الضامن الرجوع على المضمون عنه بما أدوه عنه للمحال من تركة مورثهم إلا عند حلول أجل الدين ؛

---

(2) المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص105

(2) الدردير، الشرح الكبير،ج3/ ص327. خليل بن اسحاق، مختصر خليل،ج1/ ص202. المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص104. ابن عبد البر، الكافي، ج1/ ص399

(3) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ 337

تطبيقا لما التزمه مورثهم الضامن حال حياته عندما رضي بتلك الحوالة المطلقة. فإن مات الضامن ولم يترك شيئا فلا يطالب المدين الأصلي حتى يحل أجل الدين[1].

ثانيا:- رأي الشافعية.

1- القول الأقوى عند الشافعية هو أن الحوالة المطلقة غير صحيحة، ولو رضي المحال عليه بها؛ وذلك بناء على أن القول بأن الحوالة اعتياض، ولا اعتياض هنا لعدم وجود الدين على المحال عليه، فليس على المحال عليه شيء يجعله عوضا عن حق المحال[2]. وعلى القول بأنها بيع ما في الذمة بما في الذمة، فإن إحالة من له عليه دين، على من لا دين له عليه بيع المعدوم، فلم تصح [3].

ونقل ابن السبكي في الإبهاج قول صاحب التتمة في معرض الحديث عن إحالة المحيل بالدراهم التي عليه للمحال على الدنانير التي له على المحال عليه أو بالعكس بأنها غير صحيحة، إن المراد بغير صحيحة: هو أن الحق لا يتحول بها من الدنانير إلى الدراهم أو بالعكس، وإذا وقعت تكون حوالة على من لا دين عليه. ومن ثم عقب ابن السبكي على هذا الكلام بأنها تكون حوالة على من لا دين عليه؛ وذلك ببطلان خصوص الحوالة على الوجه الذي أورده، على القول بأن الخاص إذا ارتفع يبقى العام[4].

وعلى هذا القول، فإن المحال عليه لا يترتب عليه أي التزام بموجب هذه الحوالة؛ لعدم انعقادها صحيحة ابتداء. فإن تطوع المحال عليه بقضاء دين المحال، فإنما يكون ذلك على سبيل التبرع منه بقضاء دين غيره لا على وجه الإلزام؛ وهو جائز، ومن ثم فلا يرجع على المحيل بما أداه عنه؛ لكونه تبرعا منه[5].

2- وأما القول الآخر عند الشافعية[6] فهو أن الحوالة المطلقة تنعقد صحيحة؛ بناء على القول الضعيف عندهم بأنها استيفاء[7]، وقد ذهبوا ضمن هذا القول إلى مذهبين[8]:-

أحدهما:- إنها وعلى القول بانعقادها صحيحة، إلا إنها لا تبرأ بها ذمة المحيل، فإذا قبلها المحال عليه فإنما هو من باب الضمان المجرد. لأنها هنا تحمل دين ليس عليه مثله. وقد رجح

---

(1) ابن عبد البر، الكافي، ج1/ ص399
(2) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص228. النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص228
(3) الشيرازي، المهذب،ج 1/ ص338
(4) ابن السبكي، الإبهاج، ج1/ ص129
(5) النووي، روضة الطالبين ج4/ ص228
(6) النووي، منهاج الطالبين، ج1/ ص61،62، يدلنا على كون هذا القول ضعيفا عندهم قول صاحب المنهاج: [وقيل تصح برضاه]، وصيغة قيل تستعمل للتضعيف. وأما رأيهم فيتمثل في قوله: [ولا تصح على من لا دين عليه].
(7) ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج5/ ص228. حاشية ابن القاسم، ج5/ ص228
(8) النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص228

النووي في روضة الطالبين هذا المذهب وقال بأنه أصح المذهبين وبه قطع الأكثرون على القول بأنها صحيحة[1].

وعليه فإنهم يجرون على هذه الحوالة المطلقة أحكام الضمان. ومن أحكام الضمان عند الشافعية، جواز مطالبة الطالب (المضمون له) من شاء منهما-أي من الأصيل أو الضامن- بدينه، وحتى إن له مطالبة أحدهما بجزء من الدين والآخر بالجزء المتبقي، ولكن لا يجوز تغريمهما معا كل الدين، بمعنى أن يأخذ دينه مرتين[2].

فإذا كان الدين حالا ومات الضامن، فإما أن يعود على تركته بدينه، ومن ثم يطالب ورثته المضمون عنه بما أدوه عنه من تركة مورثهم، وإما أن يطالب مدينه الأصلي بدينه على الحلول[3].

وإذا كان الدين مؤجلا ومات الضامن، فإن الدين يصبح حالا على الضامن بسبب موته، ولا يصبح حالا على المضمون عنه الحي؛ لعدم وجود سبب الحلول لهذا الدين وهو الموت، ولكونه ينتفع بهذا الأجل. فإذا أخذ المحال حقه من تركة الضامن، لم يرجع ورثة الضامن على المضمون عنه بما أدوه عنه من تركة مورثهم إلى أن يحل أجل الدين على المضمون عنه. وهذا الرجوع مرتبط بما إذا كان الضمان والأداء بإذن المضمون عنه، وكان الأداء من مال الضامن لا من سهم الغارمين مثلا، وإلا فلا رجوع على المضمون عنه[4]. ورجح النووي جواز الرجوع ولو كان الأداء بغير إذنه؛ وذلك لأن الحوالة جرت بإذنه ابتداء[5].

وإذا مات المدين (الأصيل) وكان الدين مؤجلا، حل الدين على الأصيل دون الضامن، وهنا لو أخر المضمون له المطالبة لتكون على الضامن عندما يحل أجل الدين عليه، فللضامن أن يطالب المضمون له بأخذ حقه من تركة الأصيل، أو يطالبه بأن يبرئه من دينه، وذلك لاحتمال تلف هذه التركة، فلا يتمكن الضامن من الرجوع عليها إذا أدى دين الأصيل[6].

- وأما المذهب الآخر ضمن الرأي القائل بصحة هذه الحوالة عند الشافعية:- فهو أنها تبرأ بها ذمة المحيل كسائر الحوالات [7].

وبناء عليه فإن المحال لا يملك الرجوع على المحيل بحال من الأحوال، كما هو الحال في الحوالة المقيدة؛ وذلك لبراءة ذمة المحيل بالحوالة براءة مطلقة؛ إذ لم يقيد الشافعية هذه البراءة بالتوى، فلا يسقط التزام المحال عليه تجاه المحال حتى ولو أعدم المحال عليه أو مات .

ثالثا:- رأي الحنابلة.

---

(1) النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص228. الشيرازي، المهذب،ج1/ ص338
(2) الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص80. النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص264
(3) الدمياطي، المصدر نفسه، ج3/ ص80
(4) إعانة الطالبين، ج3/ ص80
(5) النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص228
(6) الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص80. النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص265
(7) النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص228

ذهب الحنابلة إلى القول بأن إحالة من عليه دين على من لا دين عليه تكون وكالة في اقتراض، ولا تكون حوالة، كما نص عليه الإمام أحمد[1].

جاء في كشاف القناع: [وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة في اقتراض، فلا يصارفه؛ لأنه لم يأذن له في المصارفة][2].

وهنا لا يلزم المحال عليه أداء دين المحال إلا برضاه بالحوالة، كما لا يلزم المحال قبول هذه الحوالة؛ لأنها ليست حوالة في الحقيقة، حيث إن الحوالة معاوضة، ولا معاوضة هنا، لعدم وجود الدين على المحال عليه ، وإنما هي اقتراض[3].

فإذا رضي المحال عليه بهذه الحوالة صار ضامنا ولزمه الأداء؛ كما نقل ذلك المرداوي في الإنصاف عن الموجز والتبصرة[4].

وإذا أدى المحال عليه دين المحيل، وقبض الوكيل في الاقتراض (المحال) دينه من المحال عليه (المقرض)، فإن المقرض يعود على المحيل بما أداه عنه للمحال بموجب توكيله للمحال في الاقتراض منه؛ لأنه قرض ولم يتبرع المحال عليه به، ويكون الموكل ملتزما بقضائه ما أداه عنه، ويثبت الحق عليه حالا؛ لأنه لا يجوز ضرب الأجل للوفاء بالقرض عند الحنابلة[5].

ولكن إذا مات المحيل بعد أن أحال مدينه على من لا دين عليه، وقبل أن يستوفي المحال دينه، ففي هذه الحالة تبطل الحوالة بموته؛ وذلك بناء على تكييفهم الحوالة المطلقة ابتداء على أنها وكالة في اقتراض فيما بين المحيل والمحال، ومن ثم فإنه يطبق هنا أحكام الوكالة في الاقتراض، ومنها:- انتهاء الوكالة بموت الموكّل، وعليه فينعزل الوكيل بموت موكله[6]، ولا يطالب المحال عليه بدينه؛ لانتهاء وكالته. ومن ثم فيرجع المحال (الوكيل سابقا) على تركة موكله، لاستيفاء دينه منها؛ حيث إن مجرد الوكالة في الاقتراض لا تبرئ ذمة المحيل من دينه.

وأما إذا مات المحيل بعد أن قبض المحال دينه من المحال عليه، وقبل أن يسدد المحال عليه ما اقترضه منه، فإن ورثة المقرض يرجعون على المحيل بما اقترضه من مورثهم، ويكون الحق عليه حالا.

• المطلب السادس:- مشروعية الإحالة على الميت

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء على أن الموت من عوارض الأهلية، بحيث يصبح الميت لا ذمة له تصلح للالتزام المستقبلي، أي بعد موته. وعليه فلا يصح أن يحيل المحيل مدينه على شخص

---

(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص138. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص385
(4) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص385
(3) ابن قدامة، المغني، ج4/ ص337
(4) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5/ ص225
(5) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص385. ابن قدامة، المغني، ج4/ ص337. ج4/ ص208، الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص333
(1) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص385. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص333

الميت؛ كأن يقال:أحلتك بدينك على الميت، كما لا يجوز إحالة الدائن مدينه على المتوفى الذي لا دين له عليه[1].

إلا إنهم اختلفوا في مشروعية الإحالة على ما في ذمة الميت من دين مستقر(الحوالة المقيدة).

سبب الاختلاف:-

يعود سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في معنى فقدان أهلية الميت وخراب ذمته؛ هل يكون ذلك الخراب شاملا للإلزام أيضا؟! إضافة لشموله للالتزام المستقبلي؟!

مذاهب الفقهاء:-

ذهب المالكية [2] إلى القول بعدم صحة إحالة المحيل مدينه على ما في ذمة الميت من دين للمحيل.

الدليل:- لأن الميت قد فاتت ذمته بموته، بينما ذمة الحي موجودة، فلئن نعلق دين المحال بذمة موجودة أولى من تعليقه بذمة فائتة[3].

مناقشة الدليل:- رد الشافعية على القول بأن الميت لا ذمة له بأن ذلك صحيح بالنسبة للالتزام فحسب، لا بالنسبة للإلزام [4].

بينما ذهب الشافعية في المعتمد عندهم[5]، والحنابلة[6] إلى القول بصحة الإحالة على ما في ذمة الميت من دين مستقر[7]، فيقول المحيل للمحال: [أحلتك بما على الميت]، ولا يقول له: [أحلتك به عليه]؛ لأن ذمة الميت قد خربت بالنسبة للمستقبل، كما لا تصح الإحالة على التركة كأن يقول أحدهم: [أحلتك على تركة فلان]؛ وذلك لعدم الشخص المحال عليه.

وفي أحد قولين عند الشافعية تصح الإحالة على الميت وإن لم تكن له تركة؛ إذ إن الأصل أن يتعلق الدين المحال به بتركته إن وجدت، فإن لم توجد تركة لذلك الميت بقي الدين في ذمة المحال عليه الميت، فإن تبرع أحد بأدائه عنه برئت ذمته، وإلا فلا[8]. أما الحنابلة فقد قالوا بصحة الحوالة على المليء سواء كان حيا أم ميتا، فهم وإن لم يشترطوا الملاءة صراحة، إلا إنهم استحبوا كون المحال عليه مليئا، كما يفهم من هذا الكلام.

- الدليل على جواز الإحالة على ما في ذمة الميت:-

---

(2) الرملي، نهاية المحتاج، ج4/ ص427. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص384
(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص91. ابن عبد البر، الكافي،ج1/ ص401
(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص91. ابن عبد البر، الكافي،ج1/ ص401
(4) الرملي، نهاية المحتاج، ج4/ ص427
(5) الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ج2/ ص310
(6) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص136. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383،384
(7) وأما الدين غير المستقر فلا تصح الإحالة عليه؛ لكونه عرضة للسقوط، كالإحالة على الأجرة التي لم تستوف المنافع التي مقابلها بعد(ابن مفلح، الفروع، ج4/ ص195)
(8) الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص233. الرملي، نهاية المحتاج، ج4/ ص427

1- لأن الحوالة هي نقل مال المحال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وذمة المتوفى (المحال عليه) إنما خربت بالنسبة للمستقبل فلا تقبل شيئا بعد موته، وأما بالنسبة لما لزمه حال حياته، وهو دين المحيل، فإن ذمته تبقى مرهونة به حتى يقضى عنه، وهكذا تجوز الإحالة على ما في ذمته[1].

2-ولأن الشافعية والحنابلة لا يشترطون رضا المحال عليه بالحوالة المقيدة؛ حيث إن للمحيل استيفاء دينه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحيلُ المحالَ مقام نفسه في قبض دينه من المحيل، فكذلك يجوز أن يقيمه مقام نفسه في استيفائه من تركته[2].

<u>المناقشة والترجيح:-</u>

الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو جواز الإحالة على ما في ذمة الميت من دين مستقر، لكن بشرط أن يكون المحال عليه الميت مليئا؛ عملا بعموم قوله عليه السلام في الحديث الشريف: [من أحيل على مليء فليتبع]، وهنا لم يشر عليه السلام إلى الإحالة على الحي دون الميت، بينما أشار إلى كون المحال عليه مليئا، وذلك حفاظا على حق المحال من الضياع، خاصة وأن حكم الحوالة عند الجمهور – عدا الحنفية – هو براءة المحيل من دين المحال براءة مطلقة، ولم يقيدوا تلك البراءة بعدم التوى. فإذا قيل بجواز الإحالة على ما في ذمة الميت الذي لا تركة له، فلا شك أن هذه وسيلة لإسقاط حق المحال عن المحيل، وهذا ظلم فلا يُجَوَّزُ ابتداء، والله تعالى أعلم.

---

(2) الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ،ج2/ ص310، 311. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص383

(3) الشربيني، المصدر نفسه ،ج2/ ص310. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص136. البهوتي، الروض المربع، ج2/ ص193

ملاحظة:- ذهب المالكية أيضا إلى القول بعدم اشتراط رضا المحال عليه بالحوالة المقيدة ما لم يكن هنالك عداوة دنيوية بين المحال والمحال عليه،فلا تصح الحوالة في هذه الحالة . إلا إنهم خالفوا الشافعية والحنابلة حيث قالوا بعدم جواز الإحالة على الميت لسبب آخر سبق ذكره. (العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص474).

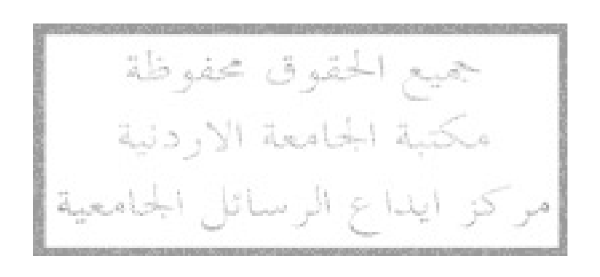
الفصل الثالث:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية الواردة على العمل والمنافع

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الإجارة أو الكراء

المبحث الثاني: أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة

المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح على منفعة أو عمل



تـــوطئـــة

بعد أن بحثت في الفصل السابق في أثر الموت في عقود المعاوضات المالية الفورية، أنتقل في هذا الفصل للبحث في أثر الموت في عدد من العقود المسماة عند الفقهاء القدامى، الواردة على العمل أو المنافع، وهي العقود الزمنية الممتدة المقابلة للعقود الفورية؛ وعقود المدة هي تلك العقود التي تحتاج إلى زمن لتترتب آثارها عليها، ويؤثر مرور الزمن فيها على مقدار المنفعة الحاصلة للمتعاقدين؛ ومن أهمها: عقد الإجارة أو الكراء، وعقد الجعالة، وعقد الصلح بعوض إذا كان أحد العوضين عبارة عن منافع أو عمل؛ فمثلا إن في مرور الزمن المتفق عليه في عقد إجارة ما مؤشراً على زيادة منفعة المستأجر بالعين المؤجرة، وبنفس الوقت زيادة الأجرة المستحقة للمؤجر، وبذلك يكون الزمن في مثل هذه العقود أداة لقياس كمِّ الالتزامات الناشئة عن العقد[1].

وسأفرد لكل واحد من العقود المندرجة تحت عقود المدة مبحثا مستقلا.

(1) الشرقاوي، جميل، (1991م). النظرية العامة للالتزام، مصر: دار النهضة العربية، ج1/ ص76، 77، 78

المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الإجارة أو الكراء

• المطلب الأول:- تعريف عقد الإجارة أو الكراء

الإجارة لغة:- اسم من الفعل أجر يأجر. وهي اسم لما أعطيت من أجر في عمل، والأجر: هو الجزاء على العمل [1]. والكراء لغة:- مصدر تكارى؛ ويطلق الكراء على الأجرة نفسها[2] .

من هنا فقد تساهل بعض الفقهاء في إطلاق الكراء على الإجارة ،وأما تعريف الإجارة والكراء في **الاصطلاح:**-

فقد عرف الحنفية الإجارة بأنها:- تمليك نفع مقصود من العين بعوض[3]. ولم يفرق الحنفية في إضافة لفظ الإجارة سواء كانت تلك الإضافة إلى الدور أو الدواب أو الثياب وسائر المنقولات، أو أضيفت هذه اللفظة إلى الصناع من القصار أو الخياط أو الصباغ ونحوهم[4].

وعرف المالكية الإجارة:- بأنها تمليك منافع شيء، مباحة مدة معلومة بعوض. إلا إنهم أطلقوا لفظ الإجارة على العقد على منافع الآدمي، وكذلك على العقد على ما هو قابل للنقل كالثياب والأواني ونحو ذلك، ما عدا السفن والحيوان. في حين سموا العقد على منافع ما ليس بقابل للنقل كالعقار، وبعض ما ينقل؛ كالسفينة والحيوان وما يلحق بها من وسائل النقل، سموها كراء في الغالب، وفي غير الغالب يتسامحون بإطلاق أحدهما على الآخر[5]. و هذا قريب مما قاله ابن عمر بأن الكراء يستعمل فيما لا يعقل، والإجارة فيمن يعقل [6].

وأما الشافعية فقد عرفوا الإجارة بـــأنها:عقد على منفعة مقصودة معلومة، قابلة للبذل والإباحة، بعوض معلوم[7].

وعند الحنابلة: الإجارة عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا[8]. وجاء في الروض المربع تعريف مفصل لعقد الإجارة: فهي عقد على منفعة مباحة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة مدة معلومة، أو عمل معلوم بعوض معلوم وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما وبلفظ بيع إن لم يضف للعين[9]. وقد سمى أهل المدينة الإجارة بيعا؛ أخذا من المعنى اللغوي؛ وهو بيع المنفعة[10].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج4/ ص10
(2) الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص3. ابن منظور، لسان العرب، ج 15/ ص218 ، 219
(3) الحصكفي، الدر المختار، ج6/ ص4
(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص174
(5) الدردير، الشرح الكبير، ج4/ ص2. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2/ ص112. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج2/ ص252
(6) الآبي، الثمر الداني، ج1/ ص524
(7) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص332
(8) البهوتي، كشاف القناع، ج 3/ ص546
(9) البهوتي، الروض المربع، ج2/ ص294
(10) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص174. ابن الجوزي، إيثار الإنصاف، ج1/ ص188

- **المطلب الثاني: ــ أركان وأقسام عقد الإجارة**

- تتوقف المنفعة المستحقة بعقد الإجارة على أربعة أركان[1]:-

1- المستوفي؛ وهو من ينتفع بالعين المؤجرة؛ كالمستأجر، ويجوز له أن ينتفع بالعين المؤجرة بنفسه وبغيره.

2- المستوفى منه؛ كالأجير المعين، أو دار معينة.

3- المستوفى به؛ كالصبي المراد تعليمه أو الطفل المراد استئجار الظئر لإرضاعه. وكالثوب المعين للخياطة.

4- المستوفى فيه؛ وهو مكان استيفاء المنفعة،كمن استأجر من يحمل له متاعه في طريق معين.

- **أما أقسام عقد الإجارة فهي كما يلي[2]:-**

تنقسم الإجارة إلى قسمين[3]:-

1- إجارة العين[4]؛ وتعتبر المدة في هذه الإجارة هي الضابط في المعقود عليه، وهي تنقسم بالنظر إلى المعقود عليه إلى قسمين:-

أ- إجارة الآدمي (ويسمى الأجير الخاص)؛ كإجارته للخدمة أو للنسخ أو للخياطة مدة معينة.

ب- إجارة غير الآدمي؛ كإجارة الدار شهرا، وإجارة وسيلة النقل مدة معينة، ونحو ذلك.

2- إجارة الذمة:- وهي عقد على منفعة في الذمة في شيء معين أو موصوف. ولا يجوز أن يكون الأجير فيها إلا آدميا؛ لأنها متعلقة بالذمة، ولا ذمة لغير الإنسان. وهي مضبوطة بصفات كالسلم، فإذا انعقدت بلفظ السلم اشترط فيها تعجيل الأجرة (رأس المال)، وكذلك إذا انعقدت بلفظ الاستئجار على الأصح؛ كأن يقول له:استأجرتك على أن تبني لي حائطا؛ حيث إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. وإنما اشترط تعجيل الأجرة في هذا النوع من الإجارة لئلا يؤدي تأجيل الأجرة مع تأجيل العمل الموصوف في ذمة الأجير إلى بيع الكالئ بالكالئ ــ بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه. وأيضا لضعف هذه الإجارة حيث وردت على معدوم، وتعذر استيفاؤها دفعة واحدة، فجبر ضعفها باشتراط قبض أجرتها في المجلس[5].

ونقل ابن رشد من المالكية قول عبد الوهاب المالكي بأنه يجب في هذا النوع من الإجارة تعجيل أحد الطرفين فيها سواء أكانت الأجرة أم الشروع في استيفاء المنفعة، وهي المقابلة

---

(1) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص350

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص324

(3) الحصيني، كفاية الأخيار، ج1/ ص296. البهوتي،كشاف القناع، ج4/ ص5، ص11. ابن مفلح، المبدع، ج5/ ص84

(4) انظر التقسيمات بالتفصيل عند المالكية: المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص432. الحطاب،مواهب الجليل،ج5/ ص414. ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص438 ، 439، 440

(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص265

للأجرة، وهذا إذ كان العمل يسيرا؛ ليخرج عن بيع الدين بالدين [1]. لكن قول مالك هو وجوب تعجيل النقد في هذا النوع ليخرج عن بيع الدين بالدين [2].

- وينقسم الأجراء في إجارة الأشخاص إلى قسمين:-

1- الأجير المشترك:- ويقصد به ذلك الشخص الذي يمكنه أن يلتزم العمل بنفسه أو في ذمته لأكثر من شخص في آن واحد؛ كما هي عادة الخياطين والصباغين وغيرهم. وقد سمي بالمشترك تشبيها له بكونه مشتركا بين الناس في نفس الوقت. والمعقود عليه في هذا النوع من إجارة الأشخاص هو العمل أو أثره، وليس المنفعة؛ حيث إن المنفعة غير مستحقة إذ إن له أن يعمل للغير بحكم كونه أجيرا مشتركا[3].

2- أما الأجير الخاص (ويطلق عليه الحنفية أجير الوَحْد [4]):وهو مَنْ آجر نفسه من مستأجر معين لمدة معينة، بحيث لا يجوز له أن يلتزم العمل لغير من التزم له في نفس تلك المدة؛ لأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر في مدة العقد، ولهذا سمي بالأجير الخاص أو أجير الوحد؛ كمن استؤجر لبناء بيت، أو خدمة أسرة لمدة يوم أو شهر أو سنة، أو كالظئر(المرضعة) تستأجر لإرضاع طفل[5].

والمعقود عليه في هذا النوع من الإجارة هو منفعة الأجير، ويقدر نفعه بالزمن، وهو بذلك يستحق الأجرة بمجرد تسليم نفسه للعمل، سواء أعمل في تلك المدة أم لم يعمل؛ وذلك لأن الأجرة مقابلة بالمنافع، ومن ثم فإن منافعه صارت مستوفاة بالتسليم تقديرا، فبتفويتها على العامل نفسه استحق الأجرة[6].

وتتعلق هذه الإجارة بعين الأجير كالمبيع المعين، فلا يجوز أن يستنيب غيره للعمل[7].

- **المطلب الثالث:- الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة**

تتلخص هذه الالتزامات بالنسبة لكل من المؤجر والمستأجر في النقاط التالية[8]:-

أولا:- التزامات المؤجر.

1- التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة؛ وذلك بتسليمها له، كما يلتزم الأجير بتسليم النفس أو إيفاء العمل. وهنا لا يحل للمؤجر التصرف في العين المؤجرة في أثناء

---

(6) ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص438
(7) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ ص172،171
(1) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص33. الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج2/ 295
(2) أجير وَحْد أو أجير الوَحَد:بالإضافة، من الوحد بمعنى: الوحيد ؛ ومعناه:أجير المستأجر الواحد (أي الأجير الخاص): ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص69.
(3) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3/ ص246
(4) الموصلي الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ج2/ 296
(5) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص137. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8/ ص34. النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، (ت676هـ)، تحرير ألفاظ التنبيه، تحقيق عبد الغني الدقر. ط1، دمشق: دار القلم، 1408هـ، ج/ ص224. البركتي، قواعد الفقه، ج1/ ص161. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص32
(6) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص207،204. السرخسي، المبسوط، ج15/ ص176

مدة الإجارة سواء انتفع بها المستأجر أم لا، فإن تصرف فيها مثلا بأن سكن الدار المؤجرة لغير من استأجرها، أو أجرها لغير المستأجر الأول، فعليه أجرة المثل للمستأجر الأول، يخصم هذه الأجرة مما على المستأجر الأول، فإن كانت أجرة المثل الواجبة على المالك مساوية للمسمى في عقد الإجارة الأول، لم يلزم المستأجر دفع شيء للمؤجر، وإن كانت أجرة المثل أقل من المسمى، بأن فضلت منه فضلة، وجب على المالك أداؤها للمستأجر [1].

2- التزام المؤجر بصيانة العين المؤجرة.

ثانيا:- التزام المستأجر.

1- يلتزم المستأجر بدفع الأجرة مقابل الانتفاع بالعين الؤجرة، أو مقابل عمل الأجير.

- **المطلب الرابع:- أثر موت أحد المتعاقدين مليئا في الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة**

يتناول البحث في هذا المطلب قسمي عقد الإجارة الرئيسين؛ وهما:-

أولا:- إجارة العين؛ وما يندرج تحتها من إجارة الآدمي المعين (الأجير الخاص)، وإجارة غير الآدمي.

ثانيا:- إجارة الذمة؛ وهي عقد على منفعة في ذمة الآدمي في شيء معين أو موصوف.

وقد دمجت هذين النوعين من الإجارة في بحث أثر الموت في بقاء العقد أو عدم بقائه، لاشتراكهما في الحكم بشكل عام.

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء[2] على عدم انفساخ الإجارة بموت المؤجر أو المستأجر إذا كان أحدهما أو كلاهما عاقدا لغيره وليس لمصلحته المباشرة؛ وذلك لبقاء المستحق عليه والمستحق(أي المعقود لهما) على قيد الحياة، وهما المطلوبان لتنفيذ ما يقتضيه هذا العقد.

والأمثلة على ذلك:- موت الوكيل عن المؤجر أو عن المستأجر، وموت ناظر الوقف إذا أجر الوقف، ولم يكن منتفعا بذلك الوقف لنفسه، وموت الوصي إذا أجر شيئا أو عقارا من تركة المتوفى، وموت أب الرضيع الذي استأجر ظئرا[3] لإرضاع ابنه، وموت أب الصبي الذي استأجر لابنه معلما .

---

(1) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص661

(2) السرخسي، المبسوط، ج15/ ص124. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص145. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص222. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص54، ج3/ ص620. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص445، 446. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص412. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج4/ ص14. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص430. ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص462. الشربيني، محمد الخطيب، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج2/ ص351. ابن قدامة، المغني، ج5/ ص273

(3) الظئر هي المرضعة غير ولدها(انظر: ابن منظور، لسان العرب، ج4/ ص515. الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص170).

كما اتفق الحنفية[1] مع الأئمة الثلاثة[2] على عدم بطلان عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين أو كليهما قبل انتهاء مدة الإجارة، وذلك في حالة وجود العذر [3] المقتضي استمرار عقد الإجارة بعد الموت، ويكون ذلك مقابل الالتزام بدفع الأجرة المسماة بالعقد.

أيضا اتفق الفقهاء[4] على أن إجارة الأشخاص تبطل بموت الأجير المعين الذي التزم العمل بنفسه- سواء أكان الأجير خاصا أم مشتركا، وذلك فيما يستقبل من مدة؛ ويعود ذلك لكون الأجير المعين مورد العقد، وليس لكونه عاقدا. فينفسخ العقد لفوات المعقود عليه بهلاك محله، ويكون بمنزلة ما لو تلف المبيع قبل قبضه. وحيث إنه لم يجز له أن يستنيب غيره للقيام بعمله حال حياته، فكذلك لا يقوم أحد بعمله بعد موته؛ لأن الغرض لا يحصل إلا به، أشبه ما لو أسلم في نوع من الأعيان، فسلم إليه غيره، فلا يجوز.

لكن الفقهاء اختلفوا في حالة موت الأجير المشترك إذا كان ملتزما العمل في ذمته؛ بمعنى أن شخصية الأجير غير معتبرة في التعاقد، لا عرفا ولا شرطا؛ وله أن يستنيب غيره ليعمل مكانه حال حياته، فهل يقوم ورثته بالعمل مكانه بعد موته أم لا؟!

كما اختلفوا في حالة موت أحد العاقدين في إجارة الأعيان قبل انتهاء مدة الإجارة، وكانت الإجارة معقودة لهما، ولم يكن هنالك عذر يتطلب بقاء عقد الإجارة، أو في حالة زوال العذر الذي اقتضى بقاء عقد الإجارة. هل ينفسخ عقد الإجارة في هذه الحالة أم لا؟ وماذا يحل بالالتزامات المترتبة على كل من المتعاقدين في جميع مدة العقد ؟!

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في اعتبار المنافع. فمع اتفاقهم على أن المنافع تنعقد شيئا فشيئا حقيقة، إلا إن فريقا منهم اعتبر أن المنافع في عقد الإجارة موجودة حكما منذ ابتداء العقد، ولذلك فقد جعلها كالأعيان القائمة بنفسها، فيكون العقد عليها عقد معاوضة لازما على شيء موجود ابتداء، فلا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين. وأما الفريق الآخر فقد اعتبر وجود المنافع بحقيقتها، وهي أنها تنعقد شيئا فشيئا، ومن ثم فلم يجز أن يستمر العقد على منافع لم توجد في حياة المورث، وإنما حدثت بعد وفاته في ملك الورثة، ومن هنا فقد قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين، بالرغم من قولهم بأن عقد الإجارة عقد لازم للمتعاقدين حال حياتهما.

- **مذاهب الفقهاء:-**

---

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص222 ،223. السرخسي، المبسوط، ج15/ ص153

(5) سيأتي بيان رأي الأئمة الثلاثة بالتفصيل في عرض آراء الفقهاء في هذه المسألة ص185.

(6) ليس المقصود بالعذر هنا في الإجارة عند الحنفية ما جاء في تعريف المرغيناني في الهداية: ج30/ ص250وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، إذ إن العذر في الإجارة يعتبر عندهم كالعيب في المبيع قبل قبضه فتفسخ به. وإنما العذر المقصود هنا هو ما يقابله؛ وهو العذر المقتضي استمرار عقد الإجارة بحيث يعجز العاقد عن فسخه بموت أحد المتعاقدين-إذا كانت الإجارة معقودة لهما-إلا بتحمل ضرر == ==زائد لم يستحق به. ومن الأعذار المنصوص عليها عند الحنفية والتي تقتضي استمرار عقد الإجارة: موت المؤجر لوسيلة نقل في طريق خالية، فيستمر عقد الإجارة لئلا يلحق الضرر بالمستأجر بتعريض نفسه وماله للهلاك في تلك المفازة. ومنها موت أحد المعقود لهما في إجارة الأراضي، وكان في الأرض المستأجرة زرع لم يحصد بعد، فهنا يترك هذا الزرع في الأرض إلى أن يستحصد.

(1) السرخسي، المبسوط، ج15/ ص127، 153. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص222. المواق، التاج والإكليل، ج4/ ص418. الحطاب، مواهب الجليل،ج2/ ص548، ص549، ص552، ج3/ ص6. الرملي، نهاية المحتاج، ج 5/ ص317. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص30، 31. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص268. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص658

للفقهاء في هذه المسألة مذهبان:-

المذهب الأول:-

ذهب الليث من التابعين [1] والحنفية [2]إلى القول بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين أو كليهما، دون حاجة للفسخ من قبل حاكم. وذلك في نوعي الإجارة: إجارة العين، وإجارة الذمة.

وبناء عليه فلا ينتقل التزام المتوفى إلى ورثته بموجب هذا العقد فيما يستقبل من الزمن بعد موته، وإنما يقتصر انتقال التزامه إلى ورثته فيما يتعلق بما مضى من المنافع الحاصلة أثناء حياته.

فإذا كان المتوفى هو المستأجر، ولم يكن قد دفع الأجرة عن المدة السابقة لموته، التزم ورثته بأدائها عنه. كما يلتزمون بتسليم العين المؤجرة للمؤجر.

وإذا كان المتوفى هو المؤجر، وكان قد استلم الأجرة عن المدة كاملة، التزم ورثته بإرجاع ما بقي من أجرة مقابل المدة المتبقية بعد موته، وللمستأجر حبس العين المؤجرة إلى حين استيفاء الأجرة المتبقية له، ويكون أحق من باقي الغرماء بأجرته، إذا كان قابضا للعين المؤجرة حال حياة المؤجر؛ فإذا بيعت تلك العين فالمستأجر أحق بالثمن كله إن كان الثمن مساويا للأجرة المعجلة، ويكون مقدما في ذلك على سائر غرماء المؤجر، فإذا زاد من ثمنها شيء فللغرماء. وأما إذا لم يكن قابضا لها حتى مات المؤجر، فلا يستحق حبس العين المؤجرة، ويكون أسوة للغرماء فيما بقي له من أجرة كان قد عجلها [3].

فإذا كانت الإجارة في ذمة المؤجر، ومات بعد أن تسلم الأجرة المعجلة، التزم ورثته بإرجاع تلك الأجرة كاملة للمستأجر، ولا يلتزمون بما كان المؤجر قد التزمه للمستأجر في ذمته.

المذهب الثاني:-

وأما جمهور الفقهاء من التابعين ابن سيرين والحكم والحسن وإياس بن معاوية[4]، وعثمان البتي[5]، وعبيد الله بن الحسن[6]، ومن جاء بعدهم من المالكية[7] والشافعية[8] والحنابلة[9]، فقد ذهبوا جميعا إلى القول بأن الإجارة لا تنفسخ بموت المؤجر ولا بموت المستأجر، مع سلامة المعقود عليه؛ سواء أكان ذلك في إجارة العين-عدا إجارة الآدمي المعين- أو إجارة الذمة.

---

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص462

(3) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص145. الحصكفي، الدر المختار، ج6/ ص84. السرخسي، المبسوط، ج30/ ص216

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص21. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8/ ص41

(2) صحيح البخاري، ج2/ ص798 ، ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج4/ ص462

(3) هو عثمان بن مسلم البتي أبو عمرو البصري، صدوق، ولكن عابوا عليه الإفتاء بالرأي،كان يبيع البتوت_وهي ثياب بالبصرة_ وهو من الطبقة الخامسة، توفي سنة ثلاث وأربعين.(تقريب التهذيب،ج1/ ص386،الجرح والتعديل، ج6/ ص145)

(4) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج4/ ص129

(5) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 4/ ص30. القيرواني، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد، (ت386هـ)، رسالة القيرواني. بيروت، دار الفكر، ج1/ ص110

(6) الشيرازي، المهذب، ج1/ ص407. الحصيني، كفاية الأخيار، ج1/ ص296

(7) المرداوي،الإنصاف، ج6/ ص64. ابن قدامة، المغني، ج5/ ص271

وبناء على ذلك ينتقل التزام المورث بعد موته ليصبح متعلقا بتركته، ويلتزم ورثته تجاهه بما كان يلتزم به مورثهم حتى تنقضي مدة الإجارة المتفق عليها.

فإن مات المؤجر لعين معينة، تركت العين المؤجرة عند المستأجر لاستيفاء المنفعة من تلك العين، ولا يستطيع ورثة المؤجر إخراج المستأجر مثلا من الدار المؤجرة إلا بالتراضي فيما بينهم، وإن كانوا يستطيعون بيع تلك الدار المؤجرة مع بقاء من استأجرها فيها على حقه وشرطه في إجارته[1].

وإن كانت الإجارة متعلقة بذمة المؤجر، ثم توفي قبل الوفاء بما التزمه بموجبها، فهنا يبقى التزامه هذا دينا عليه، ويوفى من تركته؛ بحيث يستأجر منها من يقوم مقامه بذات العمل، ليخرج مما وجب في ذمته كالمسلم فيه. وذلك مقابل ما قبضه الأجير من أجرة معجلة حال حياته؛ حيث إن من شروط إجارة الذمة تعجيل الأجرة عند العقد [2].

وكذلك الحال إذا مات المستأجر، فلا ينفسخ عقد الإجارة، ويلتزم ورثته بالأجرة التي كانت على مورثهم يؤدونها من تركة مورثهم بحصصهم، ويقومون مقام مورثهم في استيفاء المنافع[3].

لكن الحنابلة استثنوا من عدم انفساخ العقد بموت المستأجر، حالة ما إذا مات المستأجر ولم يكن هناك وارث يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، أو كان ذلك الوارث غائبا، فهنا امتنع استيفاء المنفعة بنفس المستأجر وكذا بنائبه؛ كمن يموت في طريق خالية ويخلف جَمَلَهُ الذي اكتراه، وليس له متاع يحمله عليه، ولا وارث حاضر يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، ففي مثل هذه الحالة وعلى ظاهر كلام الإمام أحمد ينفسخ العقد فيما بقي من المدة؛ لأنه طرأ أمر من الله تعالى منع المستأجر و وارثه من استيفاء المنفعة، فأشبه ما لو غصبت. ولأن في بقاء العقد ضررا في حق المكتري والمكري كذلك؛ لأن المكتري عندئذ يجب عليه أجرة الكراء من غير نفع حاصل له، وبالنسبة للمكري لأنه يمنع من التصرف في ماله مع ظهور امتناع الكراء (الأجرة) عليه، وهذا أشبه ما لو اكترى من يقلع له ضرسه فانقلع الضرس قبل عمله[4].

- أدلة الفقهاء:-

أولا:- أدلة الحنفية:-

1- استدل الحنفية على قولهم بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين؛ بأن القول ببقاء عقد الإجارة بعد موت المعقود له – مؤجرا كان أو مستأجرا- يؤدي إلى تغيير موجب العقد وحكمه؛ وذلك كما يلي:-

---

(8) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص475

(1) النووي، روضة الطالبين، ج5/ ص245. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج2/ ص464. الحصيني، كفاية الأخيار، ج 1/ ص296. الأنصاري، أبو يحيى زكريا الشافعي،(ت926هـ)، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد محمد تامر. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2001م، ج 5/ ص449. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص30. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص658

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص474، 475

(3) المرداوي،الإنصاف ، ج6/ ص64. ابن قدامة، المغني، ج5/ ص272،271

أ- موجب العقد بالنسبة للمؤجر هو التزامه بتمكين المستأجر من استيفاء المنافع التي في ملكه. فإذا مات المؤجر، وانتقلت ملكية رقبة العين المؤجرة إلى الوارث، فإن منفعة تلك العين تنتقل إلى الوارث تبعا للرقبة، ومن ثم فإن القول بإبقاء عقد الإجارة في هذه الحالة يؤدي إلى إلزام الوارث ما لم يلتزمه في ملكه؛ لأن المنافع التي تحدث في ملك الوارث لم يملكها المورث لعدمها وقتئذ؛ نظرا لطبيعة حدوث المنافع[1]؛ حيث إنها تنعقد شيئا فشيئا، فيكون بمثابة عقد إجارة جديد مع الوارث؛ لأن المنافع لا تملك إلا بالعقد. ولكن الوارث لم يعقده ولم يرض به أصلا، وهو خلاف مقتضى العقد الأول، لأنه يجعل استيفاء المنفعة مستحقا من ملك غير المورث؛ حيث إن المورث لم يملك هذه المنافع التي حدثت بعد موته، فلا يملك توريثها، ولذلك ترتفع يد المستأجر عن تلك العين المؤجرة بموت من أجره، فينفسخ عقد الإجارة [2].

- **مناقشة الدليل:**- يجوز أن تنفك ملكية المنفعة عن الرقبة، كجواز بيع ما هو مسلوب المنفعة. وبناء عليه يبقى المؤجر مالكا لتلك المنفعة، ومن ثم يملكها المستأجر إلى تمام الأجل المتفق عليه بموجب عقد الإجارة[3].

ب- وأما موجب العقد بالنسبة للمستأجر: فهو التزامه بدفع الأجرة من ماله في مقابل ما استوفى من المنافع. فإذا مات هذا المستأجر، فعلى القول بإبقاء العقد بعد موته، ستكون الأجرة مستحقة من مال غيره- وهم الورثة، مقابل استيفائهم للمنافع التي لم يختاروا العقد عليها أساسا[4]؛ حيث إن المنافع المجردة لا تورث، كما لو مات الموصى له بالخدمة، فلا تنتقل هذه الوصية لورثته، وكذلك لو مات المستعير فلا ينتقل حقه بالاستعارة إلى ورثته، فكذلك هنا؛ وذلك لأن الوراثة تعني الخلافة، فهي لا تتصور إلا فيما يبقى وقتين؛ بمعنى أنه لا بد أن يكون الموروث ثابتا وقت حياة الشخص العاقد على ملكه، ومن ثم تنتقل بعد موته إلى ملك الوارث ليقوم مقامه في ملك عين الموروث، وهذا إنما يتحقق في الأعيان لبقائها أوقاتا عدة، بخلاف المنافع التي لا تكون ذاتها قائمة في وقتين كما أسلفنا لكونها أعراضا، ولذلك فالمنافع التي ملكها المستأجر حال حياته لا يمكن أن تنتقل إلى ملك الوارث لعدم بقائها في زمانه أيضا، كما أن المنافع التي حدثت بعد موته لم تكن مملوكة له حال حياته حتى يخلفه مورثه فيها، ولذلك يتعين القول ببطلان عقد الإجارة بموت المستأجر، كعقد النكاح الذي يرتفع بموت أحد طرفيه ولا يخلفه فيه ورثته[5].

- **أدلة الجمهور:**-

---

(4) المنفعة عرض قائم بالعين، وهي لا تبقى زمانين بخلاف الأعيان فهي تبقى أزمانا. (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص5. السرخسي، المبسوط، ج11/ ص80).

(1) ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص462. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص144 ،145. السرخسي، المبسوط، ج15/ ص153. الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص222

(2) ابن حجر، فتح الباري، ج4/ ص462

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص222

(4) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص144

1- استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بكون الإجارة عقداً لازماً للطرفين كبيع الأعيان؛ لأن الإجارة عقد معاوضة على ما يقبل النقل؛ إذ جعلت منافع المدة موجودة حكما منذ ابتداء العقد، كأنها أعيان قائمة بنفسها. والعقود اللازمة كالبيع من شأنها أن لا تنفسخ بموت عاقديها أو بموت أحدهما، بل تلزمهم في الحياة وبعد الممات، ولا يستطيع أحدهم أن يستبد بفسخها بلا عذر، فكذا الإجارة[1].

2- ويحتج لهم كذلك بما أخرجه البخاري في صحيحه محتجا به على عدم بطلان الإجارة بموت أحد المتعاقدين في باب (إذا استأجر أرضا فمات أحدهما)، وهو الأثر المروي عن عبد الله بن عمر قال:أعطى رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ خيبرَ بالشطر، فكان ذلك على عهد النبي – صلى الله عليه وسلم- وأبي بكر وصدرا من خلافة عمر[2].

– وجه الاستدلال: عقب البخاري على هذا الأثر، بأن ابن عمر –رضي الله عنه- لم يذكر في كلامه هنا أن أبا بكر وعمر قد جددا الإجارة مع أهل خيبر بعدما تُوُفِّيَ النبي – صلى الله عليه وسلم، مما يدل على أن الإجارة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين، إذ لو بطلت بموت النبي- عليه أفضل الصلاة والتسليم، للزم أن يجدد أبو بكر وعمر من بعده عقد الإجارة معهم، ولما لم يذكر ابن عمر ذلك في سياق كلامه، دل على أنهما لم يفعلا ذلك[3].

– **مناقشة الحديث:**- اعتبر الزيلعي إيراد البخاري لمثل هذه المسألة في صحيحه واستدلاله عليها إنما هو بقصد التشنيع[4] من البخاري –رحمه الله- على الحنفية في مذهبهم القائل ببطلان الإجارة بموت أحد المتعاقدين، ثم رد استدلاله بهذا الحديث بأنه لا حجة له فيه؛ ذلك أن المذهب الحنفي لا يقول ببطلان الإجارة بموت أحد المتعاقدين إلا إذا عقد الإجارة لنفسه، وأما إذا عقدها لغيره بصفته وكيلا أو وصيا أو قيم وقف أو إماما، فإنها في هذه الحالة لا تنفسخ. وفي هذا الحديث عندما عقد النبي –صلى الله عليه وسلم- الإجارة، إنما عقدها بحكم موقعه كإمام للمسلمين جميعا، ولم يعقدها لنفسه، فلم تنفسخ بموته[5].

3- استدل المالكية بالأثر المروي عن ابن عمر في رجل أسكن رجلا دارا عشر سنين أو آجره، ثم مات رب الدار، فقال ابن عمر:الدار راجعة إلى الورثة، والسكنى إلى حدها[6].

---

(5) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص356. الأنصاري، أسنى المطالب، ج 5/ ص448. الزركشي، المنثور، ج2/ ص401. الحصيني، كفاية الأخيار، ج1/ ص296. النجدي، عثمان أحمد الحنبلي، (ت1100هــ)، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، تحقيق حسنين محمد مخلوف.مصر: المؤسسة السعودية، ص380

(1) أخرجه البخاري في صحيحه ج2/ ص798، باب إذا استأجر أرضا فمات أحدهما، رقم الحديث: 22

(2) البخاري، صحيح البخاري، ج2/ ص798

(3) يلتمس للإمام الزيلعي أن تعبيره عن البخاري (بقصد التشنيع) بأنها عبارة مستخدمة بدون نكير في عصرهم، والإمام البخاري لم يرد ذلك قطعا.

(4) الزيلعي، نصب الراية، ج4/ ص142

(5) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج10/ ص182، ج11/ ص475. *لم أجد له أصلا فيما بحثت فيه من كتب الحديث.

– وجه الاستدلال:– هذا الأثر عن ابن عمر صريح الدلالة على عدم انفساخ عقد الإجارة بموت المكري، وإن انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى ورثة المكري، فتنتقل محملة بحق المكتري إلى الأجل المتفق عليه في عقد الإجارة.

المناقشة والترجيح:–

إن الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الجمهور؛ وهو الرأي القائل بعدم انفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين؛ سواء أكانا عاقدين لأنفسهما أم لغيرهما؛ وسواء أكان ذلك في إجارة العين أو الذمة، وذلك لقوة أدلته، ولكونه ينسجم مع قول جمهور الفقهاء بأن الإجارة عقد لازم، وهذا يستدعي لزومه بعد موت عاقديه كما كان حال حياتهما.

ثم إن القول ببقاء عقد الإجارة في هذه الحالة من شأنه تحقيق استقرار المعاملات، الأمر الذي التفت إليه الحنفية في حالة وجود العذر الذي يستدعي الاستمرار في عقد الإجارة بالرغم من موت أحد عاقديه، كما في استئجار الأراضي الزراعية إلى مدة محددة، وهكذا فإن القول ببطلان عقد الإجارة بموت أحد العاقدين ولو قبل انتهاء مدة الإجارة، سيؤدي إلى تردد المتعاقدين قبل إبرام عقد من عقود الإجارة، وخاصة في عقود الإجارة التي تبرم لمدة طويلة ويتكلف فيها الشخص تكاليف ونفقات باهظة؛ إذ لا يضمن الإنسان حياته وحياة المتعاقد الآخر في تلك المدة.

وأعتقد أنه عندما استثنى الحنفية من هذا البطلان مسائل عدة قالوا فيها باستمرارية عقد الإجارة لوجود العذر بالرغم من موت أحد المتعاقدين، أعتقد أن فتح مثل هذا الباب عندهم للقول بعدم فسخ عقد الإجارة بمجرد موت أحد المعقود لهما، يزيد فرص الاتفاق بينهم وبين الجمهور؛ لأن العذر هنا قد يتسع برأيي ليشمل صورا أكثر مما أوردوها؛ إذ لم يقيدوه وإنما ضربوا أمثلة عليه. ومن الأعذار –برأيي– من استأجر دارا لمدة معينة، ومات عن عياله أثناء هذه المدة، فلا شك بأن القول بإخراجهم في مثل هذه الحالة فيه ضرر بهم، فيكون ذلك عذرا لتركهم إلى انتهاء المدة، أو إلى حين يستطيعون تدبر أمرهم، والله تعالى أعلم.

* فرع:– تحديد الأجرة المستحقة للأجير عن المدة السابقة لوفاته

يترتب هذا الفرع على قول الحنفية الذين قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين قبل انتهاء العمل أو المدة المتفق عليها ابتداء، كما يترتب على قول الجمهور الذين قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت الأجير الخاص، أو المشترك المشترط عمله بنفسه.

وأما بالنسبة لموت الأجير المشترك الذي لم يشترط عمله بنفسه، فلا ينفسخ عقد الإجارة بموته عند الجمهور –عدا الحنفية، ويكون مستحقا لكامل الأجرة معجلة منذ انعقاد العقد ابتداء، ومن ثم فلا يدخل في هذا الفرع.

وفيما يتعلق بطريقة احتساب ما يستحقه العامل من الأجرة مقابل ما عمل قبل وفاته ، فيكون ذلك بأن تقسم الأجرة المسماة على ما استوفي من المنفعة وعلى ما بقي، فما قابل المستوفى

استُحِق، وما قابل الباقي سقط، وذلك كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع فيسقط عنه، وعلى القسم الذي تبقى فيستقر ثمنه[1].

نقل ابن عابدين كلام الطرسوسي[2] في أنفع الوسائل: [على أن المدرس ونحوه من أصحاب الوظائف، إذا مات في أثناء السنة، يعطى بقدر ما باشر، ويسقط الباقي][3].

ولكن هذا التقسيم للأجرة المسماة ليس على إطلاقه؛ حيث قالوا بأنه يقسط أجر المدة السابقة لوفاة العامل على حسب زمان رغبة– ويقصد به حسب العرض والطلب، فيقدر قسطه من المسمى بالنظر لأجرة المثل في كل زمن من المدة؛ بحيث تُقَوَّمُ منفعةُ المدة الماضية والباقية، ويُوَزَّعُ المسمى على نسبة قيمتهما بحسب وقت انعقاد العقد دون ما بعده، ولا تقدر بنسبة المدتين إلى بعضهما على إطلاقها سواء استوى الزمان أو اختلف؛ وذلك للاختلاف بين قيمة المنفعة في كل مدة عن الأخرى، فلا يكون التقويم عادلا إذا حسبت دون النظر لأجر المثل في كل مدة على حدة .

فإذا كانت أجرة المثل وقت العقد في الصيف مائة دينار، وفي الشتاء خمسون دينارا، وكان العامل قد مات بعد انقضاء الصيف؛ أي أنه قد عمل عمله في فصلي الربيع والصيف – أي لمدة ستة أشهر، فيلتزم المستأجر بدفع ثلثي الأجرة المسماة في العقد، وليس نصفها، كأن يكون استأجر أجيرا للعمل خلال سنة بكاملها مقابل مبلغ مائة وخمسين دينارا، ولم يحدد أجرة معينة عن كل شهر من أشهر السنة، فهنا ينظر لأجرة المثل، فإذا كانت أجرة المثل في الصيف أكثر من الشتاء كالمثال الذي طرحنا آنفا، حيث أجرة المثل في الصيف مائة وأجرة المثل في الشتاء خمسون، فإنه يلتزم تجاه ورثة العامل بدفع مائة دينار عن المدة التي عمل فيها الأجير خلال فصل الصيف [4].

فيكون القانون المتبع لهذا التحديد هو:

$$\text{الأجر المستحق للعامل المتوفى} = \frac{\text{قيمة منفعة المدة الماضية}}{\text{قيمة المنفعة الكلية (عن المدة الماضية والباقية)}} \times \text{الأجرة المسماة}$$

$$\text{وهو في مثالنا الذي طرحناه} = \frac{100}{150} \times 150$$

$$= \frac{2}{3} \times 150 = 100 \text{دينار}$$

ولو اعتبرت النسبة بين المدتين، دون النسبة السابقة بين المنفعة الماضية إلى الكلية، لأدى بنا إلى هذه النتيجة:

فعلى اعتبار أن الصيف انقضى، فيكون قد انقضى من السنة ستة أشهر:

$$\text{الأجر المستحق للعامل المتوفى} = \frac{\text{المدة الماضية}}{\text{المدة الكلية}} \times \text{الأجرة المسماة}$$

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج16/ ص5. النفراوي، الفواكه الدواني، ج2/ ص113. الشربيني، مغني المحتاج،ج2/ ص324. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص407

(2) الطرسوسي: هو الفقيه الحنفي عماد الدين علي بن عبد الواحد الطرسوسي؛ نسبة إلى مدينة مشهورة كانت ثغرا من ناحية بلاد الروم على ساحل البحر الشامي، وكان قاضيا للقضاة بدمشق، ثم قدم القاهرة. كان قارئا مجيدا للقرآن. (طبقات الحنفية، ج1/ ص326).

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ ص143 ، 417

(1) الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص317. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص659

$$150 \times \frac{6}{12} =$$

= 75 دينارا

وهكذا يتبين الاختلاف بين النسبتين، ومن ثم فلا يكون التقويم الثاني ــ بالنظر إلى النسبة بين المدتين ــ عادلا؛ لاختلاف الأجرة المستحقة–أجرة المثل– باختلاف العرض والطلب في المواسم أو الأزمان المختلفة.

وأما إذا كان المستأجر قد قسط الأجرة على عدد شهور السنة، بأن حدد أجرة كل شهر لوحده ابتداء، فلا حاجة لنا للنظر عندئذ في أجرة المثل، بل يحسب قسط ما عمل بمجموع أجرة ما عمل من الشهور بأعيانها حسب الاتفاق بينهما ابتداء(1).

كما جاء في مواهب الجليل فيما يتعلق بموت الأجير على الحج عن الغير إذا مات بعد أن سار إلى مكة، وقبل أو بعد دخولها، وقبل إتمام أعمال الحج: [الأجير على الحج إذا مات، فله من الأجر بحساب ما سار من سهولة الطريق وصعوبتها وأمنها وخوفها، لا بمجرد قطع المسافة، فقد يكون ربع المسافة يساوي نصف الكراء، فيقال: بكم يحج مثله في زمن الإجارة من الموضع الذي خرج منه؟ وبكم يحج مثله من المكان الذي مات فيه في زمن وصوله إليه؟ فأنقص الأقرب عن الأبعد، فله بحسابه من الأجرة قَلَّتْ أو كَثُرَتْ. مثلا: الحج من موضع خروجه بعشرة ومن موضع موته بثمانية فيرد أربعة أخماس الأجرة،... فإن كان الأجير لم يأخذ من الأجرة شيئا، فلورثته أن يأخذوا بحساب ما سار، وإن كان قد قبض جميع الأجرة فله منها بحساب ما سار، وما فضل عن ذلك يرجع به في تركته، ويؤخذ منها وسواء كانت الأجرة باقية بعينها أو تلفت، وسواء كان تلفها بسببه أو بغير سببه. وهذا في الإجارة بأجرة معلومة في عين الأجير](2).

ومن هذا النص عند الحطاب يستفاد مقياس ثالث لاحتساب الأجرة؛ وهو مقياس الخطورة أو الصعوبة التي قد تواجه الأجير في عمله، فيحتسب لها من الأجرة مقدار زائد على حالة الأمن أو السهولة.

وإيراد هذه المقاييس هنا إنما هو من أجل ضرب الأمثلة على كيفية احتساب الأجرة في حالة موت الأجير قبل إتمام عمله، ويمكنني القول بأن العرف في مثل هذه الأحوال قد يكون حاكما في تحديد هذه الأجرة، بحسب طبيعة العمل المستأجر عليه، فيرجع في كل عمل إلى عرف أهله.

• المطلب الخامس:– أثر موت المستأجر بأجرة مؤجلة أو مقسطة قبل استيفاء المنفعة

---

(2) الشبراملسي، أبو الضياء نور الدين علي بن علي القاهري، (ت1087هـ)، حاشية أبي الضياء(مطبوع مع نهاية المحتاج). بيروت: دار الكتب العلمية، 1993م، ج5/ ص317 .

(1) الحطاب، مواهب الجليل، ج2/ ص550

إذا مات المستأجر قبل استيفاء كامل المنفعة، وكان ملتزما بأداء الأجرة مؤجلة[1] أو مقسطة لمدة معينة، فما مصير التزامه بأداء الأجرة المؤجلة؟!

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء على أن الأجرة لا تستقر إلا باستيفاء المنفعة أو بمضي المدة مع تمكين المستأجر من استيفاء المنفعة- سواء استوفاها حقيقة أم لا. لكن لو تلفت المنافع قبل الاستيفاء، سقطت الأجرة[2].

كما أنه لا خلاف بين الفقهاء على أنه إذا اتفق المتعاقدان على أن تكون الأجرة مؤجلة أو مقسطة، فلا يجوز للمؤجر مطالبة المستأجر الحي بها قبل حلول الأجل؛ سواء أكان المستأجر قد استوفى المنفعة أم لا[3].

واتفق الفقهاء الأربعة أيضا على أنه إذا مات المؤجر (ألدائن)، فلا تحل الأجرة المؤجلة أو المقسطة (دين الكراء) على المستأجر الحي، ومن ثم يؤديه إلى ورثة المؤجر عند حلول أجله؛ وذلك بناء على قولهم بعدم حلول الدين بموت الدائن[4].

كما اتفق الفقهاء الذين قالوا بحلول الدين عموما بموت المدين، على أنه إذا مات المستأجر بعد استيفاء المنفعة، فإن الأجرة المؤجلة تصبح حالة بموته؛ كما أشار الدسوقي إلى هذا الاتفاق[5].

لكنهم اختلفوا في حالة موت المستأجر قبل أن يستوفي كامل المنفعة، وكان التزامه بأداء الأجرة مؤجلة أو مقسطة، فما مصير التزام المستأجر في هذه الحالة ؟!

سبب الخلاف:-

يعود سبب الاختلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى تعارض أصلين عندهم، وهما:-

الأصل الأول:- هل تملك الأجرة بنفس العقد أم لا؟ ومن ثمَّ متى يملك المؤجر مطالبة المستأجر بالأجرة[6]؟

والأصل الثاني:- هل يحل الدين عموما بموت المدين أم لا؟

---

(2) الأجرة المؤجلة لا يشترط فيها أن تكون مؤجلة إلى حين انتهاء مدة عقد الإجارة، أو إلى حين تسليم العمل، وإنما قد تكون مؤجلة إلى مدة أبعد من ذلك، فالتأجيل هنا لا يشترط فيه مصاحبته لزمن عقد الإجارة.

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص14. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص 59، ج2/ ص358. ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ، ج30/ ص154. المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص81. الأسيوطي، جواهر العقود، ج1/ ص214

(1) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية ، ج30/ ص154. البعلي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي، (ت777هـ)، مختصر الفتاوى المصرية، تحقيق محمد حامد الفقي. ط2، السعودية/ الدمام: دار ابن القيم، 1986م، ج 1/ ص384

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ص13. ابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ص308. مالك بن أنس، المدونة الكبرى:ج9/ص58. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص496، ج8/ ص172. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ص330. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص438

(3) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266

(4) الأسيوطي، شمس الدين، جواهر العقود، ج1/ ص214

وبيان ذلك: إن اختلاف آراء الفقهاء في هذه المسألة ينبني على اختلافهم في المسألتين السابقتين، مع كون هاتين المسألتين قد تتعارضان كما يأتي بيانه.

فعلى القول بوجوب الأجرة بنفس العقد، فإن الأجرة عندئذ تعتبر كسائر ديون المدين المتوفى، ومن ثم يطبق عليها أحكام الدين المؤجل؛ سواء أكان المستأجر قد استوفى كامل المنافع قبل موته أم لا .

وأما على القول بأن الأجرة لا تجب بنفس العقد، أو أنها تجب بنفس العقد ولكن المؤجر لا يملك مطالبة المستأجر بها إلا باستيفاء المنافع شيئا فشيئا، فإنه إذا مات المستأجر قبل استيفاء المنافع كاملة، وكانت الأجرة مؤجلة أو مقسطة، فإنه وعلى القول بحلول الدين عموما بموت المدين، فإن الأجرة لا تحل إلا بمقدار ما استوفى من منافع قبل موته. وأما ما لم يستوف من المنافع:-

فإنه وعلى الرأي القائل بعدم انفساخ عقد الإجارة بموت المستأجر، فلا تحل أجرته حتى تستوفى من قبل خلفه. أما على الرأي المقابل له والقائل بانفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين إذا كان عاقدا لنفسه، فإن الأجرة المؤجلة أو المقسطة تسقط نهائيا عن المدة التي لم تستوف المنافع فيها من قبل المستأجر؛ تبعا لانفساخ عقد الإجارة عندئذ.

مذاهب الفقهاء:-

للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة مذاهب:-

المذهب الأول:- وهو قول الحنفية[1]، وأحد قولي المالكية[2]، وأفتى به الجلال المحلي من الشافعية[3]، والحنابلة في إحدى روايتين عندهم[4]، حيث ذهبوا جميعا إلى القول بأن الأجرة المؤجلة تحل بموت المستأجر بمقدار ما استوفى من المنافع أو بمقدار ما مضى من المدة المتفق عليها في عقد الإجارة قبل وفاته، وتكون مستحقة عليه من تركته، وأما أجرة المدة المتبقية من عقد الإجارة، فقد تباينت آراؤهم فيها على النحو التالي:-

---

(1) وكيفية احتساب الأجرة هنا:- إذا وقعت الإجارة بأجرة معلومة على المدة ؛كما في إجارة الأجير الخاص،أو إجارة الدار والأرض،أو على قطع المسافة كما في أي وسيلة من وسائل النقل،فهنا تجب الأجرة بحصة ما استوفى من عمل أو منفعة في المدة السابقة لوفاته، ففي الدار مثلا تحتسب أجرة كل يوم،وكذلك بالنسبة لإجارة العامل – الأجير الخاص- إذا كان متعاقدا معه على العمل لمدة معينة بأجرة معينة، وفي المسافة تحتسب أجرة كل مرحلة قطعها. والقياس عندهم أن تحتسب الأجرة ساعة بساعة تحقيقا للمساواة، حتى لا يكون قد استوفى بعض يوم مثلا فيحسب له يوما كاملا،وهكذا،إلا إن ذلك فيه حرج،فيصار إلى الاحتساب بما هو أيسر على الناس،كالأيام والشهور في الدار،وذلك حسب مدة السكنى من طول أو قصر. ويجب الأجر هنا بمضي المدة، سواء استوفى المستأجر المنافع فيها أو لم يستوفها، بشرط أن يتم التسليم للعين المؤجرة،وبالنسبة للعامل أن يسلم نفسه للعمل لدى المستأجر؛ حيث إن الأجرة تجب بالاستيفاء أو بالتمكن منه وإن لم يستوف المنفعة. (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص14. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8/ ص6).
أما إن وقعت الأجرة على عمل الأجير كالخياطة والقصارة،ثم انفسخت الإجارة بموت أحد العاقدين – وهو في مسألتنا المستأجِر- قبل أن يتم الأجير العمل،فإن الأجير هنا يستحق الأجر ببعض ما عمل، لكن بشرط أن يكون الأجير قد سلم ما عمل للمستأجر قبل موته،سواء أكان التسليم حقيقة أو حكما، حقيقة بأن يسلمه الثوب بيده ولو قبل إتمام خياطته، أما حكما بأن يخيط له الثوب في بيت المستأجِر ؛إذ أن منزله في يده. وكذلك كل == ==من كان لعمله أثر متصل بالعين،فلا يستحق الأجر إلا بتسليمها للمستأجر. فإذا مات المستأجر قبل أن يسلمه الأجير عمله، لم يستحق الأجير الأجرة (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص14، 15).

(2) ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص470. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266

(3) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج 2/ ص406

(4) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج30/ ص154

فقد ذهب الحنفية إلى القول بسقوط التزام المستأجر بأداء الأجرة عن المدة المتبقية بعد موته؛ تبعا لمذهبهم القائل بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين إذا كانت الإجارة معقودة لهما[1].

وبَيَّنَ ابن رشد من المالكية بأن سداد دين المستأجر هنا يتم بأن يطالب المؤجر بحصة دينه –الأجرة المؤجلة أو المقسطة– كاملة من تركة المستأجر، إلا إنه لا يأخذ من تلك الحصة إلا أجرة ما استوفى المستأجر من منفعة قبل موته، وأما باقي الحصة، فتوقف من تركة المستأجر في مقابل ما لم يستوف بعد، ومن ثم فإنه يأخذ من تلك الحصة الموقوفة له بمقدار ما يستوفي خلف المورث من المنفعة شيئا فشيئا[2].

وأما الحنابلة، فعلى إحدى الروايتين عندهم بحلول الدين بموت المدين، فإن أجرة المدة السابقة لوفاة المستأجر تصبح حالة من تركته. وأما أجرة المدة المتبقية، فتلزم ورثة المستأجر الذين يرغبون باستيفاء تلك المنافع من أموالهم الخاصة، ولا يحاصصون بها سائر غرماء المدين من تركته. وإذا لم يثق المؤجر بذمم الورثة، فله أن يطالبهم بمن يضمن له الأجرة في أقساطها، أو عند حلول أجلها[3].

وعليه فإنه إذا لم يختر الورثة إمضاء الإجارة وأداء الأجرة من أموالهم الخاصة، فللمؤجر فسخ عقد الإجارة بالنسبة للمدة اللاحقة لوفاة المستأجر، وأما بالنسبة للمدة السابقة على وفاته، فلا يسقط حقه من الأجرة فيها، ويستوفي حقه من تركة المستأجر.

القول الثاني:– وهو ما ذهب إليه المالكية في قول آخر عندهم [4]، والشافعية كما أفتى بذلك الشرف المناوي وغيره[5] حيث قالوا بأنه تحل الأجرة المؤجلة أو المقسطة كاملة على المستأجر، بموته قبل استيفاء المنفعة، كما تحل عليه فيما لو استوفى المنفعة، وتؤدى من تركة المتوفى – المستأجر، ولا يُلْزَم بها الورثة من أموالهم الخاصة، وإن كانوا يقومون مقام مورثهم في استيفاء المنفعة في باقي مدة عقد الإجارة.

القول الثالث:– وهو القول الأصح عند الحنابلة[6]، بناء على الرواية المعتمدة عندهم القائلة بعدم حلول الدين بموت المدين، فلا تحل الأجرة المؤجلة على المستأجر بموته مطلقا؛ سواء أكان قد استوفى كامل المنافع قبل موته أم لا.

وردت في إجابة ابن تيمية – رحمه الله – على سؤال عن رجل استأجر بستانا مدة عشر سنين، وقام بقبض مبلغ من الأجرة، ثم توفي لانقضاء خمس سنين من المدة، وبقي في الإجارة

---

(5) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص14، 15
(6) ابن رشد، الجد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص470.
(1) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج30/ ص154
(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص266
(3) الزركشي، خبايا الزوايا، ج1/ ص311
(4) ابن مفلح، محمد بن عبد الله المقدسي، الفروع، ج4/ ص321

خمس سنين، وله ورثة، وأقام ورثة المتوفى بعد مدة سنة من وفاته، فهل يجوز للمالك فسخ الإجارة على الأيتام أم لا ؟!

فأجاب:-[ليس للمؤجر فسخ الإجارة بمجرد موت المستأجر عند جماهير العلماء. لكن منهم من قال: إن الأجرة على المستأجر تحل بموته وتستوفى من تركته، فإن لم يكن له تركة فله فسخ الإجارة. ومنهم من يقول: لا تحل الأجرة إذا وثق الورثة برهن أو ضمين يحفظ الأجرة، بل يوفونه كما كان يوفيها الميت؛ وهذا أظهر القولين والله أعلم][1].

- أدلة الفقهاء:-

أولا:- أدلة القول الأول

1-بنى هذا الفريق قوله بحلول الأجرة المؤجلة عن المدة التي استوفى المستأجر فيها المنافع، أو تمكن من استيفائها خلالها، بنوه على قولهم بحلول الدين عموما بموت المدين؛ حيث إن أجرة هذه المدة قد ثبتت في ذمة المدين، وقد سبق بحث مسألة حلول الدين المؤجل بموت المدين.

2- أما ما ذهبوا إليه بالنسبة لأجرة المدة المتبقية، أو عن ما لم يستوف من المنافع حال حياته، فقد اختلفت أدلتهم باختلاف مذاهبهم في ذلك:-

أ-فالحنفية بنوا رأيهم في سقوط الأجرة المؤجلة بموت المستأجر قبل استيفاء المنفعة على أمرين:-

الأمر الأول:- بنوه على ما ذهبوا إليه من كون الإجارة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين إذا كانت معقودة له، ومن ثم تسقط الأجرة تبعا لانفساخ العقد، وقد سبق بحث رأيهم هذا في مسألة سابقة.

الأمر الثاني:- كما أنهم بنوه على رأيهم في كون الأجرة لا تملك بنفس العقد، وإنما تملك بإحدى أربعة طرق:- فهي تملك إما باستيفاء المنافع، أو بالتمكن من استيفائها، أو بتعجيل الأجرة، أو بشرط تعجيل الأجرة[2]. ولما لم تتحقق إحدى هذه الطرق بعد موت المستأجر بأجرة مؤجلة، قبل استيفاء أو التمكن من استيفاء كامل المنافع بسبب موته، فإنه لا تجب الأجرة عن المدة اللاحقة لوفاته.

وإنما لم تملك الأجرة بنفس العقد؛ لأن البدل الآخر لهذه الأجرة-أي المنافع، لم تملك بنفس العقد؛ لاستحالة العقد على المعدوم؛ لكونها تنعقد شيئا فشيئا، وبما أن الإجارة عقد معاوضة يقتضي التساوي بين بدليه في الملك والتسليم؛ فإن هذا القول يقتضي بأن لا تملك الأجرة-البدل الآخر - بنفس العقد، ولو ملكت بنفس العقد، لكانت مملوكة بغير بدل، فكان تأخير ملك الأجرة للمساواة بين البدلين.

وقد جوز عقد الإجارة ابتداء، باعتبار أن العين التي هي سبب المنفعة، أقيمت مقام المنفعة لتصحيح الانعقاد، ولوجوب تسليم تلك العين المؤجرة؛ إذ العين هي التي يتصور تسليمها لا العرض- المنفعة؛ فالمنفعة عرض لا يبقى زمانين، فيكون العقد بهذا الاعتبار ناجزا باعتبار العين، ولكنه مضاف إلى زمن حدوث المنفعة -

---

(5) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ج30/ ص157

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص300

غير منعقد للحال – باعتبار المنفعة، حيث إنها تنعقد شيئا فشيئا، فينعقد العقد كذلك على كل جزء من المنفعة بحسب وجودها شيئا فشيئا، وهو معنى قول الحنفية بأن الإجارة بمثابة عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع.

ولكن قيام العين مقام المنفعة إنما جوز ضرورة تصحيح العقد كما ذكر، والضرورة تقدر بقدرها،فلا يصار إلى الحكم بثبوت الملك في الأجرة ابتداء، ويكون العقد مضافا غير منعقد في الحال في حق كل من المنفعة وما يقابلها من الأجرة كذلك(1).

ب–أما المالكية؛ فقد بنوا رأيهم في هذا القول على أمرين عندهم فيما يتعلق بعقد الإجارة:–

الأمر الأول:– إن المالكية لا يقولون بانفساخ العقد بموت المستأجر أو المؤجر، ومن ثم فإذا مات المستأجر، فإنه لا يسقط التزامه عن المدة اللاحقة لوفاته، وينتقل التزامه ليقضى من تركته، كما يقوم ورثته مقامه باستيفاء المنفعة عن المدة المتبقية.

الأمر الثاني:– وهو أن الأجرة تملك بنفس العقد، وإن كان المؤجر لا يملك المطالبة بها إلا يوما بيوم، وذلك بمقابل الاستيفاء لتلك المنافع. وهكذا فالأجرة تستحق شيئا فشيئا بمقابل استيفاء المنافع شيئا فشيئا، ما لم يشترط تعجيل الأجرة، أو ما لم يقض العرف بكون الأجرة معجلة. ولما كان المتعاقدان متفقين على تأجيل الأجرة، فإنها تكون واجبة بنفس العقد ابتداء، ولكن المؤجر لا يملك المطالبة بها إلا بعد استيفاء المنافع شيئا فشيئا، ولذلك توقف حصة الأجرة بكاملها من تركة المورث؛ ليستوفي االمؤجر منها أجرته كلما استوفى الورثة شيئا من المنافع بعد موت مورثهم.

ج– وأما الجلال المحلي من الشافعية: فقد علل فتواه بعدم حلول الدين المؤجل بموت المدين قبل استيفاء المنافع، بأن هذه الصورة مستثناة من بقية صور الحلول بالموت؛ نظرا لأن المستأجر لم يستوف المقابل لتلك الأجرة.

– مناقشة الدليل:– عقب البجيرمي على هذه الفتوى بأنها مردودة؛ وذلك لأن سبب الحلول بالموت هو خراب الذمة، وهذا السبب موجود في حالة موت المستأجر بأجرة مؤجلة، وقبل استيفاء المنفعة (2).

د– وأما تعليل الحنابلة فيما ذهبوا إليه في هذا القول:– فبالرغم من أنهم بنوا رأيهم في هذا القول على إحدى روايتين عندهم، وهي القول بحلول الدين بموت المدين، إلا إنهم يقولون بأن أجرة المدة اللاحقة لوفاته، والتي لم يستوف فيها المنفعة، لا تحل عليه؛ وهم قد بنوا رأيهم في هذا القول على أمرين:–

الأمر الأول:– إن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد عاقديها؛ لكونها عقد معاوضة ملزما للطرفين. حيث إنها تعتبرنوعا من البيوع، ولكنها اختصت باسم كالصرف والسلم(1).

---

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص107، 108

(1) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج 2/ ص406

الأمر الثاني:- وهو أن الأجرة لا تستقر ولا تجب إلا باستيفاء المنافع، ولذلك لو تلفت المنافع قبل الاستيفاء سقطت الأجرة بالاتفاق. ولذلك فهم يقولون بعدم حلول الأجرة بموت المستأجر قبل استيفاء المنفعة، مع أنهم يقولون بأن الأجرة تملك بالعقد، ويملك المؤجر المطالبة بها إذا سلم العين المؤجرة. ولكنهم يقولون بأنه لو لزم الوارث تعجيل الأجرة مع تأخير استيفاء المنفعة المتبقية بعد وفاة مورثه، كان هذا مخالفا للمساواة التي تقوم عليها المعاوضة في الملك والتسليم. كما أن فيه ظلما للوارث؛ فقد لا يرضى هذا الوارث بوجوب الأجرة عليه، أو قد يمتنع المؤجر من تسليمه العين ليستوفي المنفعة منها، فإذا كان الوارث ملزما بتعجيل الأجرة للمؤجر قبل استيفاء المنفعة المتبقية، تبين ما في ذلك من الحيف الذي يلحق بذلك الوارث، ولذلك فإن الأجرة تبقى على تأجيلها حتى يستوفي الوارث المنفعة المتبقية بنفسه، ومن ثم يسدد أجرتها في أجلها أو منجمة-حسب الاتفاق- من ماله [2].

وإنما تكون الأجرة مستحقة على الوارث الذي ورث المنفعة واستوفاها، فلا يزاحم بها سائر غرماء المتوفى، ولا يستوفيها من تركة مورثه؛ لأنه لا يجوز أن يختص الوارث بمنفعة، ويزاحم أهل الديون بالأجرة بناء على أنها من ضمن ديون الميت؛ كثمن مبيع نافذ مثلا يوفى من تركة المتوفى كسائر ديونه؛ لأن المنفعة في عقد الإجارة قد انتقلت بالإرث إلى الوارث، كما تنتقل المنفعة إلى المشتري أو المتهب، وهي بهذا الانتقال تلزم الشخص الذي انتقلت إليه في أصح قولي العلماء، وكما هو عليه العمل عند المسلمين، وكما أنهم يفرقون في الأرض المحتكرة إذا بيعت أو ورثت، فإن الحكر [3] بالانتقال يلزم المشتري والوارث، فهما مطالبان بقسطٍ للأرض المحتكرة، ولا يطالَبُ به البائعُ أو تركةُ الميت[4].

ثانيا:- أدلة القول الثاني؛ وهو أن الأجرة المؤجلة تحل بكاملها بموت المستأجر قبل استيفاء المنافع

استدل أصحاب هذا القول بذات الأدلة التي استدلوا بها على حلول الدين المؤجل بموت المدين. ولم يجد الشافعية ما يمنع أو يعارض قولهم بحلول هذا الدين بموت المدين قبل استيفاء المنافع بكاملها؛ نظرا لما ذهبوا إليه من القول بأن الإجارة عقد معاوضة يقتضي المساواة في الملك والتسليم بين بدليه، ومن ثم فهم يثبتون الملك في المنافع بنفس العقد؛ وذلك بناء على الأصل الذي عندهم بأن المنفعة المعدومة تجعل موجودة حكما، ذلك أن من شرط جواز العقد أن يكون المعقود

---

(1) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص259

(1) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية، ج30/ ص156،155. البعلي، مختصر الفتاوى المصرية، ج1/ ص385

(2) الحكر: هو نوع من الإجارة الطويلة. وسيأتي توضيح المقصود بالحكر في فرع لاحق لهذه المسألة مباشرة.

(3) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص689

عليه موجودا حكما؛ لنهيه عليه السلام عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ورخص في السلم، وللشارع أن يجعل المعدوم موجودا حكما.

وبما أن أحد البدلين – المنافع– موجود حكما، فلا بد أن يوجد البدل الآخر –الأجرة– تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة، وهكذا فإن الأجرة تجب بنفس العقد عندهم، ومن ثم تعتبر دينا في ذمة المستأجر إذا كانت مؤجلة، وهم يقولون بحلول الدين المؤجل بموت المدين؛ نظرا لخراب ذمة المدين بالموت[1].

ثالثا:– أدلة القول الثالث

بنى الحنابلة رأيهم في هذا القول على الرواية المعتمدة عندهم القائلة بعدم حلول الدين عموما بموت المدين إذا وثق الورثة الدين برهن أو كفيل مليء، ومن ثم فإن الأجرة المؤجلة–وهي دين الكراء– لا تحل بموت المستأجر، بغض النظر عن كونه توفي قبل استيفاء المنفعة أو بعده، وقد سبق بيان الأمرين اللذين اعتمد عليهما الحنابلة في الاستدلال على صحة ما ذهبوا إليه مع القول الأول عندهم. ولأن القول بحلولها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم [2].

<u>المناقشة والترجيح:–</u>

بالنسبة لرأي الحنفية، فإنني لا أوافق رأيهم ابتداء بانفساخ الإجارة بموت أحد عاقديها إذا كان عاقدا لنفسه، وقد سبق أن رجحت رأي الجمهور عليهم.

أما رأي المالكية القائل بعدم حلول الدين المؤجل بموت المدين، ومن ثم قولهم بإيقاف جزء من المال تستوفى منه الأجرة شيئا فشيئا، قد يؤدي إلى وقوع المؤجر وكذلك ورثة المستأجر في الحرج، إذ كلما استوفى ورثة المستأجر شيئا أخذ عوضه من ذلك المال الموقوف، ثم إن وقف ذلك المال عند ورثة المستأجر أو عند شخص أجنبي، قد يؤدي إلى تعرضه إلى التلف والضياع، ولا يمكن عندئذ أخذ بدله من تركة المستأجر؛ لكون ذلك المال الموقوف قد تعين في حق المؤجر، وقد قسمت بقية التركة على سائر الغرماء وعلى تنفيذ وصاياه وبين ورثته. ولن يكون أحد أشد حرصا على مال المؤجر من نفسه، فلماذا إذا لا يعطى المؤجر ماله ابتداء، خاصة وأن الموت عذر من الأعذار التي تستوجب أحكاما أكثر عملية وسهولة حرصا على حقوق الدائنين. ومن ثم فإن الأجرة المؤجلة دين كسائر الديون المؤجلة التي تحل بموته، ما دام أن عقد الإجارة لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين فيه.

وبالنسبة لقول الحنابلة بإلزام ورثة المستأجر بدفع الأجرة المؤجلة من أموالهم، فالحقيقة أن فيه إلزاما لهم لما لم يلتزموه ابتداء، خاصة وأنهم قد لا يستطيعون فسخ عقد الإجارة لكونه عقدا لازما للطرفين، والعقد اللازم لا ينفسخ إلا بالرد بالعيب، وقد ينفسخ بذهاب محل استيفاء المنفعة

---

(4) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2/ ص406

(1) ابن مفلح، محمد بن عبد الله المقدسي، الفروع، ج4/ ص321

كما أشار إلى ذلك ابن رشد[1]، إلا إن محل استيفاء المنفعة ـــ كالدار المؤجرة مثلا ـــ في هذه الحالة باقية، وإن مات المستأجر، فإن ورثته يقومون مقامه في الاستيفاء، فإذا قلنا بإلزامهم بدفع الأجرة عن المدة المتبقية، فذلك إضرار بهم، وإلزام لهم لما لم يلتزموه ابتداء.

وهكذا فإن الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو الرأي المعتمد عند الحنابلة؛ وهو قولهم بعدم حلول الأجرة المؤجلة بموت المستأجر قبل استيفاء المنافع، وذلك إذا وثق الورثة الأجرة برهن أو بكفيل مليء، ومن ثم يؤدونها أو يؤديها الكفيل في أجلها كما لو كان المستأجر حيا.

وهذا الرأي منسجم مع ما هو متفق عليه بين الفقهاء بأن الأجرة تصبح واجبة على المستأجر وتستقر باستيفاء المنافع. فالفقهاء وإن كانوا قد اختلفوا في تملك الأجرة بالعقد أو عدم تملكها، إلا إنه عند حلول الأجل، تكون الأجرة واجبة ومستقرة بما استوفاه الورثة من منافع، وهذا لا خلاف في صحته بين أحد من الفقهاء، والله تعالى أعلم.

*** فرع: أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عن عقد الحكر**

تعريف الحكر لغة:- هو ادخار الطعام للتربص، وصاحبه يقال له المحتكر، والاسم منه الحكر والحكرة، وأصل الحكرة: الجمع والإمساك[2].

وتعريفه اصطلاحا:- جاء في حاشية ابن عابدين نقلا عن الخيرية:- [الاستحكار: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما][3].

الحكر:- هو عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء أو التعلي أو للغراس أو لأحدهما لقاء أجرة معجلة وأخرى مؤجلة، أو باجرة كلها معجلة أو كلها مؤجلة. وهو من أنواع الإجارة الطويلة. وقد سمى هذا النوع من الإجارة(الحكر) لأنه يخول المستأجر احتكار أرض الوقف المؤجرة للبناء الذي يشيده فوقها بإذن المتولي، وهو نوع من الأوقاف ذات المقاطعة القديمة.

وهكذا فإن المعنى الاصطلاحي يرجع إلى أصل الحكرة في المعنى اللغوي؛ وهو الجمع والإمساك؛ لكون المحتكر يمسك ويستبقي الأرض المحتكرة لمدة طويلة.

والحكر نوع من الإجارة الطويلة، إلا إنه يقصر الإجارة على غرضين البناء أو الغراس.

- وأما عن أثر موت المحتكر في الالتزامات الناشئة عن عقد الحكر:-

---

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، ج2/ ص173

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج4/ ص208

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ ص392

فرق الحنفية بين موت المستحكر قبل أن يبني أو يغرس في الأرض المحتكرة أو بعد ذلك. فإذا مات قبل البناء أو الغرس فيها انفسخت الإجارة، ولا يحق لورثته البناء أو الغرس فيها إلا بإذن ناظر الوقف أو مالك الأرض المحتكرة[1].

وأما إذا مات المحتكر بعد البناء أو الغراس في الأرض المحتكرة، وَوُرِّثَ ذلك البناء أو الغراس، فإن الالتزام بالحكر – أي الالتزام بأداء الأجرة المستحقة– ينتقل ليصبح متعلقا بمال الورثة الشرعيين، بحيث يؤدي كل منهم أجر المثل عن نصيبه من ذلك البناء أو الغراس في الأرض المحتكرة. وليس من تركة الميت، على أصح أقوال العلماء[2]. كما قال النجدي: [إذا بيعت الأرض المحتكرة أو ورثت، فالحكر على من انتقلت إليه في الأصح] [3].

فإذا التزم الورثة بتلك الأجرة يؤدونها لجهة الوقف أو لمالك الأرض كل سنة، فلا يكلفون برفع البناء ولا بقلع الشجر.

وقد قيد الحنفية هذا الانتقال إلى الورثة بأن لا يكون فيه ضرر على الوقف بوجه ما؛ كأن يكون وارث المحتكر مفلسا أو سيء المعاملة أو متغلبا يخشى على الوقف منه وغيرها من صور الضرر[4].

ومن الجدير بالذكر أن الحنفية – وهم الذين يقولون بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد طرفي التعاقد إذا كان عاقدا لنفسه،فإنهم قالوا ببقاء هذا النوع من الإجارة، وعدم انفساخه بموت أحد طرفيه، وقد يعود ذلك نظرا لطبيعة هذا التعاقد؛ بحيث يدخله المستأجر والمؤجر وهما على علم بأنه قد ينتقل إلى ورثة كل منهما؛ نظرا لطول مدة الإجارة. وبذلك لا يكون هذا الانتقال إلى ورثة المتوفى من المتعاقدين،لا يكون بمثابة إلزام للورثة أو للطرف الآخر لما لم يلتزموه ولم يرضوا به أساسا،لعلمهم المسبق به. إضافة إلى أن الأجرة تصبح متعلقة بمال الوارث الخاص، وليس من تركة الميت، وبذلك فلا تغيير لموجب عقد الإجارة الأصلي، وإنما يكون ذلك بمثابة عقد إجارة متجدد مع الورثة، وإن كان امتدادا للعقد الأول الذي أبرمه مورثهم، ومن ثم رضوا به والتزموا بدفع الأجرة من أموالهم.

– أما بالنسبة لأثر موت المؤجر للأرض المحتكرة في الالتزامات الناشئة عن عقد الحكر.

لا ينفسخ عقد إجارة الحكر بموت المؤجر، سواء أكانت الأرض المحتكرة وقفا، فلا يضر موت المؤجر – وهو ناظر الوقف؛ لأن العقد لم يقع له، فموته لا يغير حكمه[5]، أم كانت ملكا خاصا

---

(3) باشا، محمد قدري،(1374هـ ــ1928م). قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، مصر: مكتبة الأهرام، ط5، ص149، مادة341

(4) النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، ص378. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص621. البعلي، مختصر الفتاوى المصرية، ج1/ص385

(5) النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، ص378

(1) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ ص392

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4/ ص222

وليست وقفا، فتجري أحكام العقد بحسب صيغة التعاقد من حيث مدة الإجارة والأجرة المتفق عليها مع ورثة المؤجر[1].

• المطلب السادس:- أثر موت أحد المتعاقدين مفلسا في عقد الإجارة

يتناول هذا المطلب بحث أثر موت أحد المتعاقدين- المؤجر أو المستأجر- مفلسا قبل الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد الإجارة، فما مصير التزامه تجاه الآخر؟!

ويتفرع البحث في هذا المطلب إلى فرعين:-

*** الفرع الأول:- أثر موت المؤجر مفلسا قبل أن يستوفي المستأجر المنفعة**

تحرير محل النزاع:-

اتفق الفقهاء[2]على أن المؤجر إذا مات وعليه ديون، فالمستأجر أحق بحبس الدار إذا كانت بيده، وكان قد عجل الأجرة للمستأجر، ولم يستوف المنافع المستحقة له بموجب العقد.

لكنهم اختلفوا في هذه الحالة الأخيرة، هل يكون المستأجر أحق بحبس العين المؤجرة لاستيفاء منافعها، أم هو أحق بثمنها عند بيعها مثلا؟!

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء أساسا في انفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين أو عدم انفساخه؛ فالذين قالوا بانفساخه بالموت، قالوا بأن المستأجر يكون في هذه الحالة أحق بحبس العين المؤجرة لاستيفاء أجرته من ثمنها. وأما الذين قالوا بعدم انفساخه بالموت، قالوا بكون المستأجر أحق في هذه الحالة بحبس العين المؤجرة لاستيفاء المنافع المستحقة له بموجب عقد الإجارة.

مذاهب الفقهاء:-

ذهب الحنفية[3] إلى القول بأن التزام المؤجر بتسليم المستأجر العين المؤجرة، وتمكينه من استيفاء منفعتها، يسقط بموت المؤجر إذا كانت الإجارة معقودة له؛ سواء أكان المؤجر مفلسا أم مليئا. وفي هذه الحالة، إذا كان المستأجر قد عجل الأجرة للمؤجر، فإنه ينظر:-

فإذا كانت العين المؤجرة في يد المستأجر، فإنه يكون أحق بها من سائر الغرماء؛ بمعنى أن له حبسها ويكون أحق من سائر الغرماء باستيفاء باقي أجرته المعجلة عن المدة التي لم يستوف فيها المنفعة.

---

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية، ج18/ ص55

(2) ابن عابدين، المصدر نفسه، ج4/ ص564

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ ص564

وأما إذا لم يكن المؤجر قد سلم المستأجر العين المؤجرة حتى مات ذلك المؤجر، فإن المستأجر يكون أسوة لسائر غرماء المؤجر بما بقي له من الأجرة المعجلة نتيجة فسخ الإجارة، ولا يكون أحق من غيره من الغرماء بأجرته المتبقية.

بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية[1] والحنابلة[2]، إلى التفرقة في هذه الحالة بين إجارة العين وإجارة الذمة:-

ففي إجارة العين على غير الآدمي[3]؛ لا تسقط الالتزامات المترتبة على المؤجر بموته مفلسا، ومن ثم يقوم ورثته بالوفاء بالتزاماته؛ فيسلمون المستأجر العين المؤجرة إذا لم يكن المؤجر قد سلمه إياها قبل موته، كما يلتزمون بتمكين المستأجر من استيفاء كامل المنفعة المستحقة بموجب عقد الإجارة.

ويكون المستأجر أحق بمنافع العين المؤجرة من سائر الغرماء. وفي حالة طلب الغرماء بيع العين المؤجرة لسداد ديونهم، فهنالك قولان؛ إما أن لا يجاز البيع في هذه الحالة، فيتعين عليهم الصبر إلى حين انتهاء مدة الإجارة. وإما أن يجاز البيع ويجابوا على طلبهم، وهنا لا مبالاة بما ينقص من ثمن العين المبيعة بسبب تعلق الإجارة بها؛ حيث إنهم لا يلزمون بالصبر على عدم سداد ديونهم لتنمية المال. فتنتقل العين المبيعة محملة بحق المستأجر في استيفاء منفعتها بحسب عقد الإجارة مع المتوفى؛ وذلك للزوم الإجارة. حتى إذا استوفى المستأجر المنفعة، تسلم المشتري العين؛ لعدم المعارض. وهكذا ففي كلتا الحالتين يبقى حق المستأجر في استيفاء المنفعة إلى حين انقضاء إجارة العين[4].

أما بالنسبة لإجارة الذمة[5]؛ فعلى الأصح بأنها تعامل معاملة السلم؛ فيشترط فيها تعجيل الأجرة[6]. وعلى القول الآخر فلا يشترط فيها تعجيل الأجرة، وإنما يشترط فيها تعجيل أحد العوضين:الأجرة أو الشروع في العمل. ويكون ما التزمه الأجير أو المؤجر دينا عليه في ذمته. وهنا لا يخلو الأمر من أحد حالين:- فإما أن يكون المؤجر قد مات مفلسا قبل أن يَفِيَ بالمنفعة

---

(2) الشافعي، الأم،ج3/ ص206. النووي، روضة الطالبين، ج4/ ص153، ج5/ ص245. ابن حجر الهيثمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج2/ ص464. الحصيني، كفاية الأخيار، ج 1/ ص296

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص436، ج4/ ص30. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص658

(4) سبق أن بينت أنه في إجارة العين على عمل الآدمي ينفسخ عقد الإجارة بموت الأجير لكونه معينا. بغض النظر عن كونه مفلسا أم مليا. (انظر: ص184 من هذه الرسالة).

(1) البهوتي،كشاف القناع، ج3/ ص437. ابن قدامة، المغني، ج2/ ص263

(2) يفرق بين الأجرة الواجبة في إجارة الذمة على القول بأنها تعامل معاملة السلم وبين الأجرة الواجبة ي إجارة العين بأن الأولى تعتبر كرأس مال السلم؛ لكونها سلما في المنافع، فيجب قبضها في مجلس العقد ولا يستبدل عنها ولا يصح تأجيلها، في حين إن الأجرة الواجبة في إجارة العين تعامل كالثمن في عقد البيع؛ فلا يشترط قبضها في المجلس ويجوز تأجيلها إذا كانت مضمونة في ذمة المستأجر ويجوز إبدالها.(انظر: الأنصاري، فتح الوهاب، ج1/ ص423).

(3) الحصيني، كفاية الأخيار، ج1/ ص296

المُتَعاقَدِ عليها في ذمته للمستأجر، وقبل أن يسلمه عينا ليستوفي بها تلك المنفعة. وإما أن يكون قد سلمه عينا غير معينة ابتداء ليستوفي بها المنفعة الثابتة في ذمته، ثم مات مفلسا.

وأما في الحالة الأولى ــ إذا مات قبل التسليم ــ ينظر؛ فإن كان في التركة وفاء، استؤجر منها لتوفية دينه، وإن لم يكن في التركة وفاء، فيكون الوارث بالخيار؛ إن شاء وفاه من ماله واستحق الأجرة، وإن أعرض عن ذلك، فللمستأجر فسخ عقد الإجارة[1]. ولكن ذلك ليس على إطلاقه كما بين ذلك ابن قدامة؛ فإذا كانت الأجرة المعجلة باقية في يد المؤجر المفلس بعد موته، فللمستأجر فسخ الإجارة والرجوع على تركة المؤجر بعين ماله. وأما إن كانت الأجرة المعجلة تالفة، فلا يفسخ عقد الإجارة، ومن ثم يضارب المستأجر مع الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة –وهي أجرة المثل– كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه[2].

وينبغي الإشارة إلى أن القول بأن هذه الإجارة تعامل معاملة السلم، يترتب عليه عدم جواز تسليم المستأجر الحصة التي حاصص فيها الغرماء كما هي؛ لأن من شروط السلم امتناع الاعتياض ــ أخذ العوض ــ عن المسلم فيه؛ والمسلم فيه هنا هو المنفعة المستحقة في ذمة الأجير. ومن ثم ينظر في هذه المنفعة المستحقة؛ فإن كانت مما يمكن تبعيضها، فيؤدى من العمل المستأجر عليه بقيمة تلك الحصة، كمن استؤجر على حمل مائة رطل من الأرز، فيستأجر ورثة الأجير في الذمة شاحنةً أو ما ينقل عليها بقدر حصته التي تقررت له جَرّاءَ محاصصته للغرماء. وأما إذا كانت تلك المنفعة مما لا يقبل التقسيم كالاستئجار على تعليم غلام في الذمة أو قصارة ثوب في الذمة مثلا، فهنا يحق للمستأجر فسخ الإجارة، ومن ثم المضاربة بالأجرة المبذولة.

وعلى القول بأن هذه الإجارة لا تعتبر سلما، فتسلم الحصة المضارب بها إلى المستأجر كما هي؛ لأنه يجوز الاعتياض عن المنفعة في إجارة الذمة إذا لم تعتبر سلما، كما يجوز ذلك في إجارة العين.

وأما في الحالة الثانية ــ إذا مات المؤجر بعد أن سلم المستأجر عينا موصوفة، ليستوفي المنفعة بها؛ كآلات نقل لحمل بضاعة المستأجر التي التزم بحملها في ذمته وليس على عين معينة ابتداء، فهنالك قولان في هذه الحالة عند الشافعية؛ فإما أن تعامل هذه الأعيان معاملة الأعيان المعينة ابتداء في الإجارة؛ فتتعين بالتعيين، ومن ثم تأخذ أحكام إجارة العين، فيقدم المستأجر بمنفعتها على سائر الغرماء، وهو الأصح عندهم. والقول الثاني هو أن هذه الأعيان الموصوفة لا تتعين بالتعيين، ومن ثم فتأخذ أحكام الإجارة في الذمة الآنفة الذكر، فيكون كما لو لم يسلمه شيئا[3].

– أدلة الفقهاء:–

أولا:– أدلة الحنفية.

---

(4) النووي، روضة الطالبين، ج5/ ص245. الأنصاري، أسنى المطالب، ج5/ ص449. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص658.

(5) ابن قدامة، المغني، ج4/ ص263

(1) النووي،روضة الطالبين، ج4/ ص153، 154. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص349. الشرواني،حواشي الشرواني، ج5/ ص146. المرداوي، الإنصاف،ج5/ ص302

بنى الحنفية رأيهم في هذه المسألة على أمرين عندهم:-

الأمر الأول:- بنوه على رأيهم بانفساخ عقد الإجارة بشكل عام بموت أحد المتعاقدين إذا كانت الإجارة معقودة له.

الأمر الثاني:- طبقوا هنا حكم موت المشتري مفلسا قبل دفع الثمن؛ فيكون البائع أحق بحبس العين المبيعة إذا كانت ما تزال في يده، حتى يستوفي الثمن من مال الميت، أو من بيع القاضي لذلك المبيع المحبوس في يد البائع، بخلاف ما لو كان البائع قد سلم المبيع للمشتري قبل موت المشتري، فإن البائع عندئذ يصبح أسوة للغرماء، وهنا فإن الذي مات هو المؤجر، وهو ليس بمنزلة المشتري، بل الأصل أنه بمنزلة البائع، إلا إنه لما انفسخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين، لم يعد المؤجر بائعا للمنفعة، ولكن ثبت للمستأجر حق كحق البائع في سلعته [1].

ثانيا: أدلة الجمهور[2].

1- بنى الجمهور رأيهم في هذه المسألة على قولهم بعدم انفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين.

2- استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من التفرقة بين إجارتي العين والذمة في أثر موت المؤجر مفلسا فيها، بما يلي:-

أ- فبالنسبة لإجارة العين، يكون المستأجر مقدما على سائر الغرماء في استيفاء المنفعة المملوكة له من تلك العين في مدة الإجارة؛ لأن مستأجر العين تعلق حقه بالعين والمنفعة معا، وقد سبق بيان أن الحق الذي يتعلق بعين معينة من التركة يكون مقدما في الأداء على سائر الحقوق التي في الذمة.

ب- وبالنسبة لإجارة الذمة، فلا يكون صاحبها مقدما على سائر الغرماء، بل يكون أسوة للغرماء فيما عجله من أجرة؛ لعدم تعلق حقه بعين معينة. لكن إن كانت أجرته باقية بعينها، فإنه يستردها؛ لأنها عين مال المستأجر، فيكون أحق بها؛ لقوله عليه السلام: [من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره][3]. فيكون في الحالة الأخيرة مندرجا تحت من أدرك ماله[4].

<u>**المناقشة والترجيح:-**</u>

الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الجمهور ــ عدا الحنفية؛ لأنني أرجح القول بعدم انفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين، كما بينت في المسألة السابقة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن الحنفية إذ يحتجون على بطلان الإجارة بالموت بسبب عدم اعتبار المنافع كالأعيان، إلا إنهم يقيسون المنافع على الأعيان وذلك في حكم موت المشتري مفلسا؛ إذ يجعلون للمستأجر الحق في حبس العين المؤجرة حتى استيفاء الأجرة، كما إن للبائع الحق في حبس السلعة حتى استيفاء ثمن المبيع، وفي هذا تناقض في اعتبارهم للمنافع والأحكام المترتبة على ذلك. والله تعالى أعلم.

---

(2) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج4/ ص564

(3) ابن مفلح، المبدع، ج4/ ص325. ابن قدامة، المغني، ج4/ ص263

(3) رواه البخاري ومسلم: انظر: البخاري في صحيحه: ج2/ص846، رقم الحديث: 2272. ومسلم في صحيحه: ج3/ص1193، رقم الحديث: 11010

(2) أبو الفتح، إحكام الأحكام، ج3/ ص203

– مسألة:– إذا مات المؤجر وبقي المُؤَجَّر في يد المستأجر بلا مؤنة[1]

ذهب جمهور الفقهاء[2] القائلين بعدم انفساخ الإجارة بموت المكري أو المكتري إلى القول بأنه إذا مات المؤجر (المكري)، ولم يترك مؤنة للكراء، ولم يوجد من يقوم بذلك مقامه من الورثة لبعدهم مثلا، فإن المكتري يرفع أمره إلى الحاكم، فإن وجد له مالا، قضى الحاكم بالنفقة منه في هذه الحال؛ إذ الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب حيا كان أو ميتا، وقد يبيع من المُؤَجَّر ما هو زائد على عقد الاكتراء لينفق عليها من ثمن ما باعه، وكذا يستأجر الحاكم من مال المكري من يقوم مقامه في حفظها ونحو ذلك، فإن لم يوجد له مال، استدان الحاكم على المتوفى ما ينفق عليها؛ للحاجة لذلك، أو قد يأذن للمستأجر نفسه بأن ينفق عليها؛ وذلك لتعذر مباشرة أمين آخر غير المستأجر الأصلي لمثل هذه الأعمال في كل وقت.

فإن لم يوجد للمتوفى مال، أو أنه وجد وتعذر الوصول إليه، فللمستأجر أن ينفق عليه من ماله بنية الرجوع على ورثة المكري بما أنفقه، فيرجع عليهم بعد ذلك، وإن لم يكن قد أخذ إذن الحاكم في ذلك، سواء أشهد على نية رجوعه في ذلك أو لم يشهد؛ وذلك لأنه قام مقام المكري وورثته بواجب وهو غير متبرع به. أما إذا لم ينو الرجوع ابتداء فلا رجوع له. وأَمْرُ النية يكون بين العبد وربه، ولا يُطَّلَعُ عليه في هذه الحالة؛ لعدم اشتراط الإشهاد على نية الرجوع ابتداء.

فإذا انقضت الإجارة والحال على ما هو عليه، فإن الحاكم يبيع ما كان مُؤَجَّرا ، ليسدد دين المستأجر أو الدائن الأجنبي بدل ما أقرضه من مال للنفقة عليه؛ وذلك تخليصا لذمة المُؤَجِّر، وإيفاءً لصاحب الحق، ويحفظ الحاكم باقي ثمن المُؤَجَّر للورثة.

* الفرع الثاني:– أثر موت المستأجر مفلسا قبل دفع الأجرة، سواء أكان قد استوفى المنفعة قبل موته أم لا

تحرير محل النزاع:–

اتفق الفقهاء[3]على أنه إذا مات المستأجر مفلسا قبل استيفاء المنفعة في إجارة الذمة أو في إجارة العين، أو قبل مضي شيء من المدة تقابله أجرة في إجارة العين، وقبل أن يدفع الأجرة، فإن للمؤجر فسخ عقد الإجارة في هذه الحالة، واسترداد العين المؤجرة أو الموصوفة إن كان قد سلمه إياها، ولم يمض من مدتها شيء؛ لأنه أدرك عين ماله عند المستأجر. كما يكون الأجير أحق بما عليه من عمل، وتنتقض الإجارة لهذا لسبب، كالسلعة في يد البائع؛ فإنه يكون أحق بها في حالة موت المشتري مفلسا ولم يدفع ثمنها.

---

(3) ملاحظة:– بحث الفقهاء هذه المسألة في موضوع موت الجَمّال (المُؤَجِّر)، وبقيت بهائمه في يد المستأجر بلا مؤنة، ولكنني أود أن لا أقصر ذلك على التطبيق القديم لهذه المسألة، لأن البهائم يقابلها اليوم كافة وسائل النقل، فإذا مات المؤجر، وتعذر الوصول إلى مؤنة هذه الوسائل من وقود وصيانة ونحو ذلك، فما مصير التزام المؤجِّر في هذه الحالة ؟!

(4) الرملي، نهاية المحتاج، ج 5/ ص325، 326. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج3/ ص659

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص448. ابن رشد، المقدمات، ج2/ ص45. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص325. البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص426، 436.

كما أنه وعلى القول بأن الإجارة في الذمة تعامل معاملة السلم؛ فأنه لا يتصور استيفاء المستأجر للمنفعة حالة كونه مفلسا؛ وذلك لأنه يشترط لصحة الإجارة في الذمة تعجيل الأجرة قبل استيفاء المنفعة. فإذا مات المستأجر مفلسا قبل أداء الأجرة، فلا يكون العقد صحيحا أساسا، ومن ثم فلا يكون المستأجر قد استوفى المنافع. وإذا مات المستأجر مفلسا بعد أن انعقد عقد الإجارة في الذمة صحيحا، فهذا يعني أن المستأجر أفلس بعد أن عجل الأجرة للمؤجر، ومن ثم فلا ينفسخ عقد الإجارة في هذه الحالة، ويقوم ورثة المستأجر مقامه في استيفاء المنفعة مقابل الأجرة المعجلة.

لكنهم اختلفوا في حالة موت المستأجر مفلسا، ولم يؤد الأجرة في إجارة العين؛ سواء أكانت معقودة على منفعة الآدمي أو غير الآدمي، فهنا اختلفوا في جواز فسخ عقد الإجارة في هذه الحالة من قِبَل المؤجر عن المدة اللاحقة، ومن ثم فما مصير التزام المستأجر بأداء الأجرة عن المدة المستوفاة ؟!

مذاهب الفقهاء:-

ذهب عثمان البتي، وعبيد الله ابن الحسن[1] من التابعين، إلى القول بأنه إذا مات المستأجر مفلسا قبل تأدية الأجرة، يخير ورثة المستأجر بين أمرين: فإما أن يفسخوا عقد الإجارة مع المؤجر، أو أن يؤدوا الأجرة من مالهم إذا اختاروا استمرار ذلك العقد، ويكونون عندئذ أولى من المؤجر في اختيار استمرارية ذلك العقد.

وذهب الحنفية[2] إلى القول بانفساخ العقد بموت أحد المتعاقدين إذا كان العقد مبرما له، ما لم يكن هنالك عذر يقتضي إبقاء عقد الإجارة. ومن ثم فلا فرق بين أن يموت المستأجر مفلسا أو مليئا بالنسبة للمدة التالية لموته، لكنه إذا مات مفلسا أثر ذلك على الأجرة المستحقة عن المدة السابقة لوفاته، ويصبح المؤجر أسوة للغرماء بأجرته عن المدة السابقة لوفاته.

بينما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية [3] والشافعية[4]، والحنابلة في إحدى روايتين [5]، إلى القول بأن المؤجر يكون مخيرا بين فسخ الإجارة وعدمه في حالة موت المستأجر مفلسا، فإذا اختار فسخ العقد، سقطت الالتزامات المترتبة على الطرفين بالنسبة للمدة اللاحقة لوفاته، أما ما سبق من مدة، فلا يسقط ما يقابلها من التزامات. ولكن هل يكون المؤجر أو الأجير أسوة لغرماء المستأجر في هذه الحالة أم يكون أولى من سائر الغرماء ؟!

وهنا ينظر؛ فإذا كان الأجير قد سلم السلعة التي استؤجر على العمل فيها للمستأجر قبل موته، ففي هذه الحالة يصبح أسوة لغرماء المستأجر بأجرته، كالبائع الذي أقبض السلعة للمشتري المفلس قبل موته، فيكون أسوة الغرماء بثمنها، فكذا هنا. وهذا عند المالكية والحنابلة، أما عند

---

(2) الجصاص، مختصر اختلاف العلماء، ج4/ ص129

(1) السرخسي، المبسوط، ج16/ ص5

(2) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج12/ ص19، ج 13/ ص238. ابن رشد، المقدمات، ج2/ ص45

(3) الشافعي، الأم،ج3/ ص204، 205. الشرواني، حواشي الشرواني، ج5/ ص159. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص325. الزركشي، خبايا الزوايا، ج1/ ص309، 310

(4) ابن تيمية، كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، ج30/ ص157

الشافعية، فيكون الأجير في هذه الحالة مقدما على سائر الغرماء في استيفاء دينه؛ وذلك لأن حكم العمل هو ذاته حكم العين على الصحيح من مذهب الشافعية[1].

أما إذا كانت العين التي اسْتُؤْجِرَ العاملُ للعمل فيها ما زالت بيد العامل، فهنا اختلفت آراء الفقهاء من المالكية فيما يكون الأجير أو المؤجر أحق بها من سائر الغرماء؛ لأنها كالرهن بيده، وفيما يكون أسوة لسائر الغرماء في أجرته، بالرغم من بقائها في يده.

جاء في المدونة:- [قال مالك: ومن استؤجر في إبل يرعاها، أو يرحلها، أو يعلفها، أو دواب، فهو أسوة الغرماء في الموت والتفليس جميعا. وكل ذي صنعة مثل:- الخياطة والصياغة والصباغة، وما أشبههم من الصناع، فهو أحق بما في أيديهم من الغرماء في الموت والتفليس جميعا. وكل من تكوري على حمل متاع، فحمله إلى بلد من البلدان، فالمكري أحق بما في يديه من الإبل أيضا في الموت والتفليس من الغرماء. قلت لمالك: فالحوانيت يستأجرها الناس، يبيعون فيها الأمتعات، فيفلس مكتريها، فيقول أربابها: نحن أولى بما فيها حتى نستوفي ؟ قال: هم أسوة الغرماء. وإنما الحوانيت عندي بمنزلة الدار يكتريها ليسكنها. فيدخل فيها متاعه ورقيقه وعياله، أفيكون صاحب الدار أولى بما فيها من الغرماء إن فلس؟ قال: ليس كذلك، ولكنهم جميعا أسوة الغرماء][2].

وجاء في الإتقان:- [(وفي التفريع لابن الجلاب): من استؤجر على غنم يرعاها أو متاع يحفظه ثم أفلس مستأجره، فالأجير أسوة غرمائه، ولا سبيل له على الغنم ولا على المتاع الذي استؤجر على حفظه. ا هـ.][3].

وقد جاء نظم هذه الأشياء في أبيات في الإتقان[4]:-

وربُ الأرض المكتراة إن طرق ... تفليس أو موت بزرعها أحق

واحكم بذا لبائع أو صانع ... فيما بأيديهم فما مِنْ مانع

يشير الناظم في هذا البيت إلى بعض من صور أحقية المؤجر أو البائع أو الصانع (الأجير) بالمُتَعاقَدِ عليه، إذا مات الطرف الآخر مفلسا قبل الوفاء بالتزامه تجاه أحدهم. فأشار إلى من اكترى أرضا وزرعها، ثم مات أو أفلس قبل الوفاء بأجرتها، ففي هذه الحالة يكون رب الأرض المكتراة (أي المُكْري) أحق بالزرع حتى يستوفي أجرة كرائه، ولا يكون فيه أسوة لباقي غرماء المستأجر المفلس؛ وذلك لأن الزرع إنما نشأ عن الأرض،فكانت كالحائزة له، وحوز الأرض كحوز صاحبها، فكان ذلك بمنزلة من اشترى سلعة ولم يقبضها، ثم مات مفلسا قبل أن يؤدي ثمنها، فيكون بائعها أحق بها؛ لبقائها في يده ولم يستوف ثمنها ولا جزءا منه[5].

---

(5) الشيرازي، المهذب، ج1/ ص325.

(6) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج12/ ص19، وفي موضع آخر من المدونة بألفاظ قريبة جدا،ج 13/ ص238

(1) ابن عاصم، أبو بكر محمد بن محمد،(ت829هـ)، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام المعروف بشرح ميارة الفاسي، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م، ج2/ ص408

(2) ابن عاصم، شرح ميارة الفاسي، ج2/ ص404

(3) ابن عاصم، المصدر نفسه، ج2/ ص405

وقد استند المالكية فيما ذهبوا إليه إلى العادة؛ حيث بين القرافي أن الأجير يكون أحق في الموت والفلس؛ لأنها العادة. فإن لم تكن هنالك عادة بذلك، فيختلف الحال بين أن تكون السلعة في يد الأجير ولم يسلمها، أو أنه يكون كسائر الغرماء إن سلمها[1].

أما الشافعية[2] فقد ميزوا بين ما يكون الأجير أسوة فيه لسائر الغرماء، وبين ما يكون أحق من باقي الغرماء به في القاعدة التالية:-

حيث فرقوا بين أن يكون فعل الأجير يظهر أثره في مَحالِّ العمل؛ بحيث تزيد قيمة المحل؛ كفعل الخياط بثوب المستأجر وفعل الطحان بقمح صاحبه ونحوه، وبين أن لا يكون لفعله أثر في المحال؛ بحيث لا تزيد قيمة محل العمل؛ كالحمال، ومعلم الغلام، والأجير يستأجر على البيع في حانوت ما، ونحو ذلك، ففي الحالة الأولى يحق للأجير حبس السلعة عند شخص عدل حتى يقبض أجرته، أو يباع لهما، وهذا كما يملك البائع حبس العين لاستيفاء الثمن، وذلك إذا اتفقا على شخص معين يضعان السلعة عنده، فإن تنازعا سلما السلعة للحاكم، وهذا يدل على أن حكم العمل كالعين في هذه الحالة. إلا إنه يصبح شريكا لصاحب السلعة بقدر أجرته التي عمل بها، وأما باقي ثمنها فيتقاسمه الغرماء الآخرون، ولا تكون أجرته محاصصة معهم، بل يكون أولى بها من ثمن السلعة ابتداء، كما إنه لا يستحق ثمن كل السلعة كما هو رأي الشافعي في المبيع؛ وذلك لأنها ليست بيعا لعين، وإنما هي إجارة لزمت الغريم المستأجر، ولما وجدت تلك السلعة التي استؤجر على عملها كان أحق بإجارته، كالرهن له؛ فإذا وجد رهن بيده قيمته عشرون دينارا، ودينه قيمته خمسة دنانير، فإنه يعطى خمسة دنانير، والباقي يحاصص بها غرماء المدين الذين ليس بأيديهم رهن ما. وهو إنما استحق ذلك بسبب الزيادة في ثمن السلعة التي اختلطت بمال المستأجر نتيجة عمل الأجير فيها؛ كالزيادة التي سببها صبغ الثوب أو خياطته ونحوها.

وهذا بخلاف الحالة الثانية ــ وهي أن لا يظهر أثر لفعله في المحال؛ حيث لا يحق للأجير حبس تلك العين، فلا يحبس الغلام عنده ولا أمتعة المستأجر ونحوها، ومن ثم يحاصص الغرماء بأجرته؛ وذلك لأنه ليس لهذا الأجير شيء من ماله مختلط بسلعة المُسْتَأْجِر، فليس في الحانوت ولا في الغلام المُعلَّم شيء قائم من صنعة غيره.

وأما الحنابلة[3] فقد ذهبوا إلى القول بأن مضي المدة في عقد الإجارة على المدة(إجارة العين)، أو مضي جزء منها، يمنع فسخ الإجارة، ومن ثم فإذا مات المستأجر مفلسا في هذه الحالة، فلا يملك المؤجر فسخ الإجارة، ويلتزم تجاه ورثته بالمدة المتبقية، ويكون أسوة للغرماء في كامل الأجرة.

---

(4) القرافي، الذخيرة، ج8/ ص189

(5) الشافعي، الأم،ج3/ ص204، 205. الشرواني، حواشي الشرواني،ج5/ ص159. الشيرازي، المهذب، ج1/ ص325. الزركشي، خبايا الزوايا، ج1/ ص309، 310

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص426، ص436. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص161

وفي إجارة الذمة، ففي حالة كون المؤجر (الأجير) لم يسلم العين المعمولة إلى المستأجر، فإنه يكون أحق بحبسها عنده لاستيفاء أجره إذا كان المستأجر قد أفلس؛ خاصة وأن عوض عمل الأجير موجود في عين المعمول (المستأجر فيه)[1].

- أدلة الحنابلة:-

1- استدل الحنابلة على ما ذهبوا إليه بما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال:- [أيما رجل باع متاعا، فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا، فوجد متاعه بعينه فهو أحق به، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء][2].

- وجه الاستدلال:- الحديث الشريف صريح الدلالة على أنه إذا مات المشتري مفلسا، ولم يقبض البائع من ثمن المبيع شيئا، أصبح البائع أسوة الغرماء، سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه؛ لأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة أشبه ما لو باعه.

وقد جاء الاستدلال بهذا الحديث الشريف في معرض الحديث عن إفلاس المستأجر قبل الوفاء بالأجرة، وإفلاس المشتري قبل الوفاء بالثمن، حيث ذكر أنه يجوز للمؤجر الرجوع في العين المؤجرة قبل مضي شيء من المدة له أجرة، حتى إذا مضت مدة الإجارة أو مضى جزء منها، لم يجز للمؤجر الرجوع عنها وفسخها.

ثم ذكر أن من شروط ملك الرجوع في المبيع ونحوه ــ كالعين المؤجرة مثلا ــ بقاء المشتري المفلس حيا إلى حين الأخذ أو الرجوع، فإذا مات لم يملك البائع الرجوع في سلعته، ومن ثم يصبح أسوة الغرماء.وهذا في حالة موت المشتري بعد أن سلمه البائع المبيع؛ لأن الرجوع إنما يكون لما سلمه الشخص إلى الآخر، لا بما هو باق عنده. فكذلك يمكننا أن نطبق حكم المستأجر إذا مات مفلسا لم يؤد الأجرة، بعد أن سلم المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، وبعد مضي مدة من الإجارة أو بعد انتهاء مدة الإجارة كاملة، فهنا لا يملك المؤجر الرجوع في عقد الإجارة وفسخه، وإنما يكون أسوة بأجرته لسائر غرماء المستأجر المفلس المتوفى.

2- تشبيه مضي مدة الإجارة أو مضي بعضها، بتلف المبيع أو جزء منه بعد قبضه من قبل المشتري، فكما إنه في حالة تلف المبيع أو بعضه لا يجوز الرجوع فيه على البائع، فكذلك الحال في الإجارة، فلا يجوز الرجوع بالإجارة وفسخها بعد انقضاء كامل مدتها أو بعض مدتها مما له أجرة عادة.

---

(2) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص272

(3) سبق تخريج الحديث وما جاء في أقوال العلماء ومناقشاتهم حوله،وذلك في بحث مسألة: موت المشتري مفلسا قبل أداء الثمن أو جزء منه: انظر ص83-86

جاء في كشاف القناع:-[(ومن استأجر أرضا) مثلا (للزرع) أو غيره، (فأفلس) المستأجر (قبل مضي شيء من المدة) له أجرة، (فللمؤجر فسخ الإجارة)؛ لأنه أدرك عين ماله عند من أفلس. (وإن كان) الحجر عليه (بعد انقضائها) أي المدة (أو) بعد(مضي بعضها لم يملك الفسخ)؛ لأنه لم يجد عين ماله؛ (تنزيلا للمدة منزلة البيع. ومضي بعضها) أي المدة(بمنزلة تلف بعضها) أي بعض العين المبيعة؛ وهو مسقط للرجوع][1].

المناقشة والترجيح:-

إن الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الشافعية؛ لكونه لا يطلق القول بانفساخ الإجارة بمجرد موت المستأجر مفلسا، بل يجعل المؤجر مخيرا بين إمضائه أو عدم إمضائه مع ورثة ذلك المستأجر، وهذا يتفق مع طبيعة الإجارة؛ من حيث كونها عقدا لازما ــ على الراجح ــ لا ينفسخ بمجرد الموت، وإنما أعطي المؤجر الخيار في الفسخ مراعاة لحقه بأن لا تذهب المنافع بلا عوض، وهو يتنافى مع طبيعة المعاوضات القائمة على المساواة بين العوض والمعوض.

إضافة إلى أن الشافعية ضبطوا مسألة ما يكون الأجير أو المؤجر أسوة للغرماء فيه، وما يكون أحق فيه من سائر الغرماء بقاعدة واضحة مطردة، مما ييسر تطبيق الفروع على هذه القاعدة، في حين إن المالكية، لم يضبطوا تلك الفروع بقاعدة مطردة،وإنما اعتمدوا على كون العين محوزة أو لا عند صاحب الحق ــ الأجير مثلا، ومن ثم وجدت استثناءات عديدة على ذلك.

● المطلب السابع: أثر موت المورث في الالتزامات الناشئة عن عقد الإجارة مع وارثه

صورة هذه المسألة:- أن يستأجر الابن من أبيه عينا ما،ويُقبِضه الأجرة حال حياته أو لا يقبضه، ثم يموت الأب بعد ذلك أثناء مدة الإجارة. فما مصير تلك الإجارة؟! وما مصير الالتزامات المترتبة على كلا الطرفين بموجبها؟!

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بأن الوارث (المستأجر) إذا كان واحدا، وليس معه وارث آخر، ولا غرماء آخرون للمؤجر، فلا معنى لبقاء عقد الإجارة بعد موت مورثه المؤجر؛ إذ لا معنى لاستحقاق المالك ــ الذي آل إليه ملك التركة بالإث ــ العوض على نفسه[2].

لكن الخلاف فيما إذا استأجر الابن من أبيه عينا ما، وأقبضه الأجرة أو لم يقبضه إياها حال حياته، ثم مات الأب قبل أن يستوفي الابن كامل المنفعة، فما مصير الالتزامات المترتبة على كلا الطرفين بموجب عقد الإجارة ؟!

---

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج3/ ص426

(1) المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص70

سبب الخلاف:-

يمكن تصور سبب الخلاف في هذه المسألة بناء على تعارض أمرين :-

1- انتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد وفاة مورثهم حتى لو تعلقت بها ديون على مورثهم، هل تنتقل أم إنها لا تنتقل حتى تسدد ديون المتوفى[1]؟

2- كيفية حدوث المنافع المستأجرة؛ بمعنى هل تحدث المنافع في عقد الإجارة في ملك المؤجر ثم تنتقل إلى المستأجر، أم إنها تحدث في ملك المستأجر مباشرة[2]؟

وإنما يتصور الإشكال على رأي من يقول بانتقال ملكية التركة إلى الورثة بمجرد موت مورثهم، وإن تعلقت بها ديون على مورثهم، إذا كان يقول كذلك بأن طبيعة حدوث المنافع المستأجرة بشكل عام إنما يكون ابتداء في ملك المؤجر ثم تنتقل إلى ملك المستأجر؛ ففي مثل هذه الحالة يؤدي هذان القولان مع بعضهما إلى القول باستحقاق المستاجر الوارث من مؤجره المنافع المستأجرة من ملكه، ولا معنى لاستحقاق الشخص على نفسه شيئا من ملكه. وهذا إذا لم يكن هنالك وارث سواه، إلا إذا كان أبوه مدينا لغيره، وقد مات مفلسا بعد أن سلفه ابنه الأجرة. وإذا كان هنالك وارث فلا معنى لحدوث تلك المنافع على ملكه وانتقالها إليه كذلك.

ولا يتصور مثل هذا الإشكال على القول بانتقال ملكية التركة المحملة بدين المورث إلى الورثة بمجرد موت مورثهم إذا قيل بأن المنافع المستأجرة بطبيعتها إنما تحدث في ملك المستأجر فحسب، دون أن تحدث في ملك المؤجر ابتداء. ففي مثل هذه الحالة إنما يرث المستأجر ابتداء من مورثه رقبة الدار مسلوبة المنافع زمن الإجارة المتفق عليه، ولا تناف بين انتقال ملكية رقبة الدار مسلوبة المنافع بالإرث، وبين استمرار استيفاء المنافع ضمن المدة المبرمة في عقد الإجارة.

كما لا يتصور الإشكال على القول بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة إذا تعلقت بها ديون على المورث حتى تسدد تلك الديون، بغض النظر عن اعتبار طبيعة حدوث المنافع في هذه الحالة؛ لأن الوارث المستأجر في هذه الحالة يعتبر بمثابة أجنبي عن تلك الدار المستأجرة؛ لعدم انتقال ملكيتها إليه بالإرث حتى تسدد ديون مورثه ومن ضمنها المنافع المستحقة بموجب عقد الإجارة، وهنا تبقى ملكية حكمية للمتوفى حتى تسدد ديونه وتنفذ سائر التزاماته.

مذاهب الفقهاء وأدلتهم:-

للفقهاء في هذه المسألة مذهبان؛ هما:

المذهب الأول:-

وهو مذهب الشافعية[3]، وعلى الصحيح من مذهب الحنابلة[1]، حيث قالوا بعدم انفساخ الإجارة بانتقال العين المؤجرة إلى المستأجر بطريق الإرث؛ كأن يموت الأب وتنتقل العين المؤجرة

---

(2) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1/ ص322، 323

(3) المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص70

(1) الرملي، نهاية المحتاج، ج/ ص319

إلى ابنه،ويكون ذلك الابن مستأجرا لذات العين المنتقلة إليه بالإرث، فإذا ترك الأب ابنين له، وكان أحدهما مستأجرا دارا مملوكة لأبيه، ثم مات هذا الأب، فإن الدار تكون بينهما نصفان،ويكون الابن المستأجر أحق بها حتى يستوفي المنفعة منها إلى تمام مدة الإجارة؛ لبقاء عقد الإجارة. وأما ما بقي عليه من الأجرة فيتقاسمه الابنان مناصفة، فإن كان أبوه قد قبض الأجرة قبل موته، فلا يرجع الابن المستأجر بشيء منها على الابن الآخر ولا على تركة أبيه، وإنما يكون جميع ما تركه الأب مناصفة بينهما.

- ودليلهم على ذلك:-

1- وذلك لعدم وجود تناف بين ملك الرقبة وملك المنفعة؛ حيث إن الإجارة ترد على ما آل إلى ملك المؤجر بالإرث من العين المسلوبة النفع زمن الإجارة[2].

2- أيضا بالقياس على عدم انفساخ البيع بموت البائع المورث، فكذلك لا تنفسخ الإجارة بموت المؤجر المورث، وإلى ذلك أشار المرداوي بقوله:- [حكم ما ورثه المستأجر حكم ما اشتراه على الصحيح من المذهب][3].

المذهب الثاني:-

وهو ما ذهب إليه الشافعية في رواية مرجوحة عندهم؛ وهي رواية الأذرعي تبعا للسبكي وغيره[4]، وكذلك ذهب إليه بعض الحنابلة في رواية مرجوحة عندهم[5]، بأنه في حالة استئجار الابن من أبيه وإقباضه الأجرة، فإذا مات الأب والابن حائز على العين المؤجرة، تنفسخ الإجارة، ويكون أسوة لباقي الغرماء فيما أقبضه من أجرة لم يستوف المنافع في مقابلها أثناء حياة والده، وذلك إذا كان على أبيه ديون، فإن لم يكن عليه ديون وكان معه ابن آخر لذلك المتوفى، فإن الإجارة تنفسخ في حق المستأجر، ويرجع بنصف الأجرة في تركة أبيه[6].

دليلهم: لأن الملك بالإرث قهري، وبالموت انتقلت ملكية العين المستأجرة إلى المستأجر، وبنفس الوقت انتقل استحقاق المنافع من المؤجر إلى المستأجر؛ أي إلى نفس الوارث المستأجر، والشخص لا يستحق على نفسه شيئا[7].

ويمكن تخريج رأي الحنفية وإدراجه ضمن الرأي الثاني في المسألة؛ وذلك بناء على قول الحنفية ابتداء بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد عاقديها إذا كان عاقدا لنفسه لا لغيره من وكيل ونحوه[8]، وقد سبق ذكر أدلتهم على هذا القول. وعليه فإنه لا يتصور عندهم بقاء عقد الإجارة بعد

---

(2) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص32،31. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص269. المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص70
(3) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص269. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص32،31
(4) المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص70
(5) الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص319
(6) المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص70
(1) سبق بيان فتاوى الشافعية المتعلقة باستيفاء الوارث أجرته التي عجلها أو عدم ذلك: انظر ص24-25
(2) الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص319. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص146. المرداوي، الإنصاف، ج6/ ص70
(3) المرغيناني، الهداية شرح البداية، ج3/ ص250

موت الأب في هذه الحالة، فينفسخ عقد الإجارة تلقائيا بموت أحد المتعاقدين. ويكون المستأجر ملتزما بدفع الأجرة عن المدة السابقة قبل وفاة أبيه، وأما المدة اللاحقة لموت أبيه، فإنه إذا كان قد عجل الأجرة كاملة، استحق استرداد أجرته بمقدار المدة اللاحقة.

<u>المناقشة والترجيح:-</u>

القول الذي أرجحه في هذه المسألة هو قول الجمهور؛ وهو القول ببقاء عقد الإجارة مع الابن حتى انتهاء مدته المتفق عليها ابتداء؛ وذلك لأنه لا تنافي بين ملك الرقبة وملك المنفعة، تماما كما لو انتقلت الرقبة إلى الورثة محملة بحق مستأجر أجنبي في استيفاء منافعها المقررة له بموجب عقد الإجارة، فكذا هنا.وذلك لأن الابن عندما عقد الإجارة كان بمنزلة المستأجر الأجنبي عن أبيه المؤجر، بدليل أنه فرض عليه أجرة كغيره من المستأجرين؛ فإذا كان قد دفع تلك الأجرة لأبيه حال حياته، فإنه يستحق استيفاء باقي المنفعة المستحقة بموجب عقد الإجارة. وإنما يكون الخوف من اتحاد ذمة المؤجر والمستأجر في حال وجود شبهة معينة؛ كأن لا يكون الابن قد دفع الأجرة حال حياة أبيه، فهنا إذا صار الوارث مقبضا وقابضا عن نفسه، فقد يتهاون الوارث بدفع الأجرة إلى مال التركة، أو قد ينقصها ونحو ذلك، فهنا تقع الشبهة إلا إذا دفع الأجرة كاملة إلى التركة، إذ يخير بين دفعها كاملة واستحقاق المنفعة أو أنه يفسخ عقده مباشرة وقفا للشبهة. والله تعالى أعلم.

المبحث الثاني: أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد الجعالة

• المطلب الأول:- تعريف الجعالة

- **الجعالة لغة:** الجُعْل بضم الجيم:- ما جعل للإنسان من شيء على فعل.

ويقال: الجِعالة بالكسر، وكذا الجَعالة بالفتح، وأيضا الجُعالة بالضم، والجعيلة، وجمعها جعائل[1].

- وهذا المعنى اللغوي للجعل معنى تشترك فيه سائر عقود المعاوضات المالية الواردة على الأفعال؛ كالإجارة على العمل والصلح على عمل، من هنا فقد خصص هذا المعنى اللغوي ببعض القيود التي تتناسب مع طبيعة هذا العقد **عند الفقهاء**:-

فقد عرف ابن عرفة الجعل بأنه: [عقد معاوضة على عمل آدمي، بعوض غير ناشئ عن محله به، لا يجب إلا بتمامه، لا بعضه ببعض] [2].

قوله:(بعوض غير ناشئ عن محله به)؛ أي أن العوض في الجعالة ليس جزءا من محل العمل؛ لجهالة عوضه. فلا يقال مثلا: إن أتيتني بخادمي المفقود فلك خدمته شهرا. فيخرج بذلك المغارسة والقراض؛ لأن العوض فيهما ناشئ عن محل العمل، إذ يكون نسبة من ناتج العمل أو الربح مثلا[3].

وقوله: (لا يجب إلا بتمامه، لا بعضه ببعض)؛ أخرج به المساقاة والإجارات؛ لاستحقاق بعض الأجرة ببعض العمل في هذين العقدين[4]، بخلاف الجعالة؛ إذ إنها لا تكون إلا فيما لا يصلح أوله إلا بآخره وبتمامه، حتى إذا لم يكمل العامل العمل، لم يحصل فيه نفع للجاعل [5].

وقد قاس السغدي في فتاويه عقد الإجارة على عقد الجعالة في هذا الجانب، حيث قال بأنه إذا وقعت الإجارة على عمل معلوم، فإذا كان العمل مما لا يصلح أوله إلا بآخره؛ فلا تجب هنا الأجرة إلا بإتمام العمل، وأما إن كان يصلح أوله دون آخره، فإنه يجب له من الأجرة بمقدار ما عمل[6].

ولكن المعمول به في عقد الإجارة في حالة موت الأجير قبل إتمام العمل، هو ثبوت الأجرة له بمقدار ما أتم من عمل، بغض النظر عن طبيعة العمل، وكونه مما يصلح أوله دون آخره أو لا. بخلاف المعمول به في عقد الجعالة، حيث لا يستحق العامل الجعل إلا بإتمام العمل، وإلا فلا أجر له مقابل ما قام به من عمل ولم يتمه. ومن هنا فقد اختلفت آراء الفقهاء في مشروعية عقد الجعالة؛

---

(1) الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص45. البعلي، المطلع، ج1/ ص281. الزمخشري، محمود بن عمر، (ت538هـ)، الفائق، تحقيق علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل ابراهيم. ط2، لبنان: دار المعرفة، ج1/ ص218

(2) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص452

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص452

(4) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص452

(5) الخرشي، حاشية الخرشي، ج7/ ص244

(6) السغدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، (ت461هـ)، فتاوى السغدي، تحقيق صلاح الدين الناهي. ط2 عمان: دار الفرقان، 1404 هـ ــ 1984م، ج2/ ص559

لوجود هذا الغرر فيه، فيما إذا شرع العامل في العمل ولم يتمه، فلا يستحق على عمله شيئا إلا بإتمامه[1].

وقد علل المالكية عدم استحقاق المجعول له شيئا إلا بتمام العمل بطبيعة العمل المعقود عليه في الجعالة، إذ إنه لا يحصل للجاعل فيه نفع إلا بتمام العمل، ؛ حيث جاء في كفاية الطالب: [ولعله فيما لا يحصل للجاعل فيه نفع إلا بتمام العمل، وإلا فمتى حصل له ذلك، ولو لم يتم العمل، فينبغي أن يكون له مقدار ما انتفع به][2].

وعرف الشافعية الجعالة بأنها:- التزام عوض معلوم،على عمل معين،أو مجهول عسر علمه[3].

وعرفها الحنابلة: بأنها جَعْلُ شيء معلوم –أي تسميته- كأجرة بالرؤية والوصف، إلا أن يكون من مال حربي فيصح أن يكون مجهولا، وذلك ليعمل له عملا مباحا سواء أكان ذلك العمل معلوما أم مجهولا،في مدة معلومة أو مجهولة[4].

وهكذا فلا يشترط في هذا العقد العلم بالعمل ولا بالمدة، ويجوز أن يجمع بينهما في الجهل بهما، بل إنه لا يضرب في الجعل أجل؛ حتى لا ينقضي الأجل قبل أن يتم العامل عمله، فيذهب عناؤه باطلا. وهذا بخلاف الإجارة، إذ يشترط فيها تعيين العمل أو المدة. وكذلك فإنه تصح الجعالة مع عدم تعيين العامل للضرورة؛ كأن يقول الجاعل: من رد علي ضالتي فله مائة دينار،فهنا لم يعين عاملا بعينه ليرد عليه ضالته، وينعقد القبول في هذه الحالة بالعمل؛ بمعنى إذا شرع أي شخص في العمل، يكون شروعه قبولا منه لهذا الإيجاب، فينعقد عقد الجعالة بهذه الصيغة[5].

- **وصورة هذا التعريف:** أن يجعل الشخص مبلغا من المال على عمل إن أكمله العامل، فإن لم يكمله فلا شيء له، ويذهب عناؤه باطلا؛ ذلك أن طبيعة هذا التعاقد يقوم على العمل الذي لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمام العمل، فإن لم يتم العمل، فلا جعل له، لعدم انتفاع الجاعل بما عمله[6].

ومن الأعمال التي تقع عليها الجعالة:-

ذهب محمد بن الحسن من الحنفية إلى القول بأن الجعل إنما يكون على رد العبد الآبق[7]،وكل شيء عدا جعل الآبق فهو إجارة[8].

إلا إنني وجدت في مذهبهم صورا من الجعل الجائز؛ كما في جواز الاستباق بالجعل، وقد حددت صور أربعة للمسابقة بالجعل عند الحنفية، وهي: المسابقة بالفرس والإبل وعلى الأرجل

(7) القرافي، الذخيرة، ج6/ ص5
(1) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب الرباني، ج2/ ص251
(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص429
(3) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص203. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4/ ص207،206
(4) أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج2/ ص250. البهوتي، الروض المربع، ج2/ ص432،431، 433
(5) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص444. أبو الحسن المالكي، كفاية الطالب، ج2/ ص251، 249
(6) الآبق:- اسم لرقيق يهرب من مولاه (الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص203). * تنبيه: أوردت هذا المثال عندهم مع أنه مثال ينبغي استبداله بصور معاصرة؛ وذلك لأنهم يقصرون الجعالة على رد الآبق لورود الأحاديث التي ترفع الجهالة في مثل هذا العقد، حيث تنص على مقدار الجعل ونحو ذلك.(انظر: الشيباني، الحجة، ج2/ ص734).
(7) الشيباني، محمد بن الحسن، الحجة، ج2/ ص734، الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3/ ص308

والرمي. وكذلك الجعل على الإصابة في المسائل بين الفقهاء،بشرط أن لا يكون الجعل مشترطا من الجانبين في آن معا؛ لأنه يؤدي إلى المقامرة[1].

وأما عند المالكية والشافعية والحنابلة[2] فالجعل يكون على رد الضالة، وعلى حفر بئر، وعلى بيع بضاعة معينة، وكذلك المسابقة بعوض جعالة، وتسمى قبالات الصناع وأرباب الحرف كالدهانين والنجارين والبنائين والمبلطين ونحو ذلك، تسمى هذه الصور تارة بلفظ (الجعالة)، وتارة بلفظ (المعاقدة)، وتارة بلفظ (القبالة). ومما جرت به العادة قديما عند ذوي العمارات والمعمارية وأرباب هذه الصنائع أن تكتب بلفظ(القبالة)؛ ويكتب فيها وصف لأنموذجات العمل التي يريد صاحب العمل أن يعمل وفقها. ومن الأمثلة على الصيغة التي يكتب بها عقد الجعالة:-

[تقبل فلان الدهان مثلا من فلان أن يدهن له قاعة بمدينة كذا، بالمكان الفلاني- ويصفها ويحددها،قبالة شرعية بأجرة مبلغها كذا أو بما مبلغه كذا.اعترف المتقبل المذكور بقبض كذا، وباقي كذا عند انتهاء العمل وفراغه،وعليه الشروع في ذلك من استقبال كذا، واعترف كل واحد منهما بمعرفة ما تقبله وقبله المعرفة الشرعية النافية للجهالة][3].

والقاعدة عند المالكية: [كل ما جازت الجعالة فيه جازت الإجارة عليه، وليس كل ما تجوز الاجارة عليه يجوز الجعل فيه؛ لأن الإجارة تجوز على كثير السلع والطعام، بخلاف الجعالة][4].

- **المطلب الثاني:- الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة**

- من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة ما يلي:-

1- التزام الجاعل بدفع الجعل للعامل إذا شرع العامل في العمل وأتمه وسلمه للجاعل؛ حيث إن شرط صحة الجعل التزام العوض بشرط الشروع في العمل لا مطلقا[5].

2- إذا أراد الجاعل فسخ العقد بإرادته بعد شروع العامل في العمل، فإنه يلتزم له بأجر ما عمله عند الجمهور، خلافا للمالكية الذين يقولون بلزوم العقد بالنسبة للجاعل بعد شروع العامل بالعمل، ومن ثم فلا أثر لفسخ الجاعل لهذا العقد، ويبقى التزام الجاعل بدفع الجعل كاملا إذا تمم العامل العمل وسلمه له.

3- أما العامل فلا يلزم بهذا العقد سواء أشرع في العمل أم لم يشرع فيه.

- **المطلب الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الجعالة**

تحرير محل النزاع :-

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة[1] على أن المجعول له (العامل) لا يلزمه القيام بالعمل في عقد الجعالة، كما لا يلزمه إتمامه إذا شرع فيه؛ لأن عقد الجعالة غير لازم

---

(8) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج6/ ص227. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص403. ابن نجيم، البحر الرائق، ج8/ ص554، 555

(1) الآبي، الثمر الداني، ج1/ ص523. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج2/ ص337

(2) الأسيوطي، جواهر العقود، ج1/ ص330

(3) القرافي، الذخيرة، ج6/ ص11

(5) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي، ج4/ ص60

بالنسبة للعامل. وإذا مات العامل فلا يلتزم ورثته كذلك بالقيام بذلك العمل؛ سواء أكان قد شرع فيه قبل موته أم لا، ومن ثم يكون لهم الخيار في إتمام العمل أو عدم إتمامه، وإن كانوا قد يمنعون من الشروع فيه على قول من يقيدون إلزام الجاعل بالجعل بشروع العامل في العمل قبل وفاة الجاعل.

كما اتفقوا[2] على عدم استحقاق العامل ولا ورثته شيئا من الجعل إلا بإتمام العمل وبتسليمه للجاعل أو لورثته، وذلك بناء على أن الجعالة لا تكون إلا فيما لا يصلح أوله إلا بآخره من الأعمال؛ فتصبح الجعالة لازمة بعد تمام العمل للزوم الجعل، فلا تفسخ ولا تنفسخ عندئذ.

لكنهم اختلفوا في إلزام أو عدم إلزام الجاعل أو ورثته- إذا مات- بدفع الجعل أو جزء منه للمجعول له أو لورثته، وذلك إذا اختار العامل أو ورثته القيام بالعمل وتسليمه للجاعل أو لورثته من بعده.

سبب الخلاف:-

يمكن رد سبب الخلاف بين الفقهاء في هذه المسألة إلى اختلافهم في حكم عقد الجعالة بالنسبة للجاعل؛ وبالتحديد في حكم إلزام الجاعل بدفع الجعل ابتداء في حال حياة كل منهما،هل هو لازم له أم لا ؟ ومتى يكون لازما له ومتى لا يكون كذلك؟

فالذين قالوا بلزوم عقد الجعالة للجاعل- سواء حددوا ذلك بشروع العامل في العمل قبل موت أحد المتعاقدين أو لم يحددوا ذلك بشيء، ذهبوا إلى القول بعدم سقوط التزام الجاعل بدفع الجعل بكامله، بموت أحد المتعاقدين،وذلك مقابل تسليم العمل.

وأما الذين قالوا بعدم لزوم عقد الجعالة للجاعل، ذهبوا إلى انفساخ عقد الجعالة بموت أحد الطرفين؛ وذلك لأن عقد الجعالة غير لازم كذلك للمجعول له،فيصبح العقد غير لازم للطرفين(أي من العقود الجائزة)، والعقود غير اللازمة من الطرفين تنفسخ بموت أحد طرفيها، ومن ثم فلا يستحق العامل أو ورثته إلا مقابل ما عمل العامل حال حياة المتعاقدين،وأما ما عمل العامل بعد موت الجاعل، أو ما عمل ورثته بعد موته من أجل إتمام العمل، فلا جعل عليه.

مذاهب الفقهاء:-

ذهب الحنفية[3] إلى التفرقة بين أن يكون العامل من ورثة الجاعل أو لا، فإذا لم يكن من عيال المتوفى أو من ورثته، وسلم العمل بعد موت الجاعل لورثة الجاعل أو لوصيه، فإن التزام الجاعل بأداء الجعل لا يسقط بموته، ومن ثم يكون الجعل مستحقا من تركته، فإذا كان على الجاعل

---

(5) ابن رشد، المقدمات، ج1/ ص446، 447. الشرواني، حواشي الشرواني، ج6/ ص375. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، ج2/ ص337. الأسيوطي،جواهر العقود، ج1/ ص328

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3/ ص309. ابن رشد، المقدمات، ج1/ ص446، 447. القرافي، الذخيرة، ج6/ ص5. الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص433. الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص477. الأنصاري، أسنى المطالب، ج5/ ص475. ابن قدامة، المغني، ج5/ ص315، ج6/ ص24،21. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص375.

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3/ ص309. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص204. ابن نجيم، البحر الرائق، ج5/ ص174

ديون أخرى، كان للعامل حق حبس المجعول فيه في يده إلى حين استيفاء جعله، وإذا كانت ديونه محيطة بماله، أو لم يكن له مال سوى المجعول فيه، فإنه يباع ويبدأ باستيفاء الجعل من ثمنه، ويكون مقدما على سائر الديون كحق المرتهن في الرهن.

وأما إذا كان العامل وارثا للجاعل أو من عياله، فهنا ينظر أيضا: فإذا كان هذا الوارث قد تمكن من المجعول فيه (كالعبد الآبق) ولكن بعد موت الجاعل، فلا يستحق الجعل من التركة، وأما إن كان قد تمكن منه في حياة الجاعل، ثم مات الجاعل قبل أن يسلمه له، فهنا يستحق الجعل من التركة عند أبي حنيفة ومحمد، خلافا لأبي يوسف.

وأما المالكية[1] فقد ذهبوا إلى القول بعدم انفساخ عقد الجعالة بموت أحد المتعاقدين، وذلك على قولين عندهم:-

- القول الأول عند المالكية، وهو ما ذهب إليه ابن الرفعة، وظاهر كلام الدارمي من الشافعية[2]: إذا مات الجاعل بعد شروع العامل في العمل وقبل إتمامه وتسليمه، لزم ورثة الجاعل أداء الجعل إلى العامل، وليس لهم أن يمنعوه من إتمام العمل؛ إذ لا شيء للمجعول له إلا بتمام العمل،إلا إن يرضى ورثة الجاعل بعدم إتمام العمل؛ وذلك لانتقال الحق إليهم،مع بقائهم ملتزمين بدفع الجعل له .

فإن مات المجعول له بعد أن شرع في العمل، قام ورثته مقامه بإتمام العمل إن أرادوا ذلك، وليس للجاعل أو ورثته أن يمنعوهم من إتمام العمل. بخلاف ما لو مات الجاعل أو المجعول له قبل شروع المجعول له في العمل، فبناء على هذا القول، لا يحق للعامل ولا لورثته من بعده أن يشرعوا في تنفيذ العمل في هذه الحالة، كما لا يلتزم ورثة الجاعل تجاههم بالجعل.

- القول الثاني عند المالكية:- إذا مات الجاعل بعد التزامه بالجعل،فإن التزامه بالجعل المسمى كاملا ينتقل إلى ورثته سواء أكان العامل قد شرع في العمل قبل موته أم لا. فإذا سلم العامل العمل إلى ورثة الجاعل، سلم له الورثة الجعل المسمى كاملا.

وإذا مات المجعول له سواء أكان ذلك قبل شروعه في العمل أم بعده، فإن الجاعل يكون ملتزما تجاه ورثة العامل بدفع الجعل كاملا إذا تمموا له العمل وسلموه إليه؛ حيث إن المعتبر عندهم هو تمام العمل، كما جاء في تعريف ابن عرفة:[لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض] [3]، دون أن يفرق بين أن يكون إتمام العمل من قبل المجعول له أو من قبل ورثته بعد موته.

---

(1) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص447. القرافي، الذخيرة، ج6/ ص13

(2) الرملي الكبير، شهاب الدين أبو العباس بن أحمد، (ت957هـ).حواشي شهاب الدين الرملي(مطبوع مع أسنى المطالب)،ج5/ ص476، 477

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص452

وذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] إلى القول بأن عقد الجعالة ينفسخ بموت أحد المتعاقدين سواء أكان ذلك قبل شروع العامل في العمل أم بعده؛ فإذا كان موت أحدهما قبل شروع العامل في العمل،فإن التزام الجاعل يسقط كليا في هذه الحالة. وأما إذا كان موت أحدهما بعد الشروع في العمل، فإنه ينظر فإذا كان الجاعل هو الذي مات بعد شروع العامل في العمل، فإن ورثة الجاعل لا يلتزمون تجاه ذلك العامل بشيء من الجعل، إلا إذا أتم العامل العمل وسلمه لورثة الجاعل بعد موته، وفي هذه الحالة يلتزمون له من الجعل المسمى بقسط ما عمله حال حياة الجاعل فقط، ولا شيء للعامل فيما عمله بعد موت الجاعل من أجل إتمام العمل وتسليمه.

وكذلك الحال فيما إذا مات العامل قبل إتمام العمل،فأتمه وارثه وسلمه إلى الجاعل،فهنا يلتزم الجاعل بدفع قسط ما عمله العامل حال حياته فقط،وأما ما عمله الورثة من بعده حتى تسليم العمل للجاعل،فلا يستحقون مقابله.

جاء في أسنى المطالب:[(فرع:وتفسخ) الجعالة(بالموت) والجنون والإغماء لأحد المتعاملين، (فإن مات المالك بعد الشروع) في العمل(فرده إلى ورثته) وفي نسخة(وارثه)، (وجب قسطه)؛ أي قسط ما عمله في الحياة(من المسمى)، وإن مات العامل فرده وارثه، استحق القسط أيضا؛ قاله الماوردي][3].

وقد خص الشربيني من الشافعية عدم استحقاق الورثة للمسمى كاملا بحالة ما لو كان العامل معينا، أما إذا لم يكن العامل معينا، فيلتزم الجاعل بجميع المسمى مقابل عمل العامل المتوفى وعمل ورثته من بعده أيضا؛ كما لو سلمه شخصان مستقلان، فيستحق كلاهما نصيبه من الجعل[4].

واستثنى الحنابلة من عدم استحقاق العامل سوى قسط ما عمله حال حياة الجاعل، حالة ما لو كان موت الجاعل سببا في تعذر إتمام العامل لعمله، فهنا يستحق العامل أجرة مثله،ولا يلزمه إتمام العمل لكونه مستحيلا بموت الجاعل؛ كما في الجعالة على الكحل للمريض،فإنه إذا تعذر الكحل بسبب موت المريض (الجاعل)، فللعامل أجر مثله، كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد بإرادة الجاعل[5].

- أدلة الفقهاء:-

- أدلة الحنفية:-

(4) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص433. الرملي، نهاية المحتاج، ج5/ ص477. الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج6/ ص48،47. شرح منهج الطلاب، ج6/ ص48 (مطبوع مع حاشية الجمل)،النووي، روضة الطالبين، ج5/ ص273. البجيرمي،حاشية البجيرمي، ج3/ ص242. الغزالي،الوسيط،ج3/ ص491. الأنصاري، أسنى المطالب، ج5/ ص476، 477

(5) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص315، ج6/ ص24،21. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص375. الرحيباني، مطالب أولي النهى، ج4/ ص211، 213

(1) الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ج5/ ص476، 477

(2) الشربيني، مغني المحتاج، ج2/ ص433

(3) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص315

1- استدل الحنفية على قولهم بالتزام ورثة الجاعل تجاه العامل بأداء الجعل إذا لم يكن العامل وارثا؛ بتحقق تسليم المجعول فيه للجاعل من حيث المعنى؛ وذلك برده على تركته، فيثبت للعامل الجعل في تركته،ويكون دينا فيها،وبما أن وارثه أو وصيه يخلفه بعد موته،فيكون الرد عليه كالرد على الجاعل في حياته[1].

2- وأما استدلالهم على تقديم الجعل على سائر الديون في التركة؛ وذلك لأن حق الغرماء الباقين إنما هو في مالية المجعول فيه، وقد ثبت لهم هذا الحق من جهة المدين (الجاعل)، ولما كان العامل أحق من الجاعل بالمجعول فيه حتى يستوفي منه الجعل حال حياته، فيكون أحق به من غرماء المدين بعد موته من باب أولى[2] .

3- وبالنسبة لاختلاف الحنفية فيما بينهم في استحقاق العامل للجعل إذا كان وارثا للجاعل،ومات بعد أن أخذ المجعول فيه حال حياة الجاعل ولكنه لم يسلمه إليه حتى مات الجاعل:-

فأما وجه قول أبي حنيفة ومحمد:- فهو أن العامل إنما يستحق الجعل بعمله في رد المجعول فيه،وقد تم ذلك في حياة الجاعل،وقبل أن يصبح العامل شريكا في ملك المجعول فيه. وأما إيصال المجعول فيه إلى الجاعل فشرط،وفي حالة وجود الجاعل، فإن العامل يستحق الجعل بعمله لا بالشرط، والشرط يتحقق مع الشركة في المحل، وإنما لا يتحقق الشرط مع تسليم العامل العمل الذي هو شريك فيه إلى غيره. وأما بتسليمه إلى التركة، فقد تحقق شرط إيصاله إلى الجاعل باتصاله بملكه عن طريق رده إلى ورثته،فيستحق بذلك الجعل.

وتوضيح ذلك أن سبب استحقاق الجعل هو إحياء المالية ــ المجعول فيه ــ لصالح الجاعل، وقد تحقق هذا الأمر؛ بحيث إنه لو كان على الجاعل دين آخر أو وصية، فإنه يقضى الدين وتنفذ الوصية من ذلك الجعل، ولو أنه سلمه لورثة الجاعل، فيكون هذا بمنزلة ما لو سلم العامل العمل إلى الجاعل حال حياته،لكنه لم يأخذ منه الجعل حتى مات الجاعل.

ووجه قول أبي يوسف هو أن العامل إنما يستحق الجعل بإيصال المجعول فيه إلى الجاعل، ولم يتحقق الإيصال قبل موت الجاعل،وبعد موت الجاعل لم يصلح الإيصال سببا لوجوب الجعل لهذا العامل؛ لكونه وارثا للجاعل،فيكون شريكا في ملك المجعول فيه، ومن عمل في شيء وهو شريك فيه، فلا أجر له، ولو شرط ذلك بالعقد، فيكون هنا لا جعل له من باب أولى؛ لكونه لم يشترط ذلك بالعقد[3].

- **أدلة المالكية[4]:-**

---

(4) السرخسي، المبسوط، ج11/ ص32. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص204

(5) السرخسي، المبسوط، ج11/ ص32

(1) السرخسي، المبسوط، ج11/ ص32. الكاساني، بدائع الصنائع، ج6/ ص204

(2) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص447،446. القرافي، الذخيرة، ج6/ ص13

استند المالكية في رأيهم هذا إلى قولين عندهم في حكم عقد الجعالة بالنسبة للجاعل؛ وبالتحديد في لزوم الجعل الجاعلَ الحيَّ أو عدم لزومه إياه، ومن ثم فقاسوا عليهما حكم لزوم الجعل ورثتَهُ أو عدمَ لزومهِ إياهم؛ لكونهم يخلفونه في تركته :-

فالقول الأظهر عندهم هو:- عدم لزومِ الجعلِ الجاعلَ حتى يشرع المجعول له في العمل، وهو رواية علي بن زياد عن مالك،ورواية أشهب، ومذهب سحنون، وهو أظهر القولين. وبناء عليه فإنه لا يلتزم ورثة الجاعل بالجعل إلا إذا مات هذا الجاعل بعد شروع العامل في العمل، وأما قبل الشروع فلا التزام عليهم قياسا على مورثهم.

ودليل هذا القول: هو أنه لما كان المجعول له لا يلزمه العمل سواء قبل الشروع أو بعده، وجب أن لا يكون الجعل لازما للجاعل أيضا قبل الشروع في العمل؛ لعدم تعين الحق للعامل، فإذا مات العامل قبل شروعه في العمل، لم يستحق ورثته شيئا أيضا؛ لأنهم يستحقون ما تعين لمورثهم، وهو لم يتعين له شيء حال حياته، فلا شيء لهم. وأما بعد شروع العامل في العمل، فيصبح العقد لازما للجاعل دون العامل؛ وإنما لزم الجاعل هنا لئلا يبطل على العامل عمله بعد أن شرع فيه([1]).

وأما القول الثاني عندهم:- فهو أن الجعل يلزم الجاعل بمجرد العقد، سواء أكان العامل قد شرع في العمل أم لا، ومن ثم فإنه يلزم ورثة الجاعل بعد موته، سواء أكان العامل قد شرع في العمل أثناء حياة المتعاقدين أم لا.

وجه هذا القول:- إنه لما كان الجعل الذي يخرجه الجاعل معلوما،ولم يجز أن يكون مجهولا،فإنه يكون لازما له منذ ابتداء العقد كما في عقد الإجارة؛ حيث إنه لما كان ما يخرجه كلا المتعاقدين معلوما لزمتهما جميعا. وهذا بخلاف حكم العقد بالنسبة للمجعول له(العامل)؛ حيث إنه لما كان ما يخرجه العامل يجوز أن يكون مجهولا، فإن العقد لا يكون لازما له، ومن ثم فله أن يرجع عنه متى شاء[2].

أما إذا لم يكن العامل قد شرع في العمل قبل الوفاة، فلا يستحق شيئا؛ وذلك لعدم استحقاقه أجرة قبل عمله، وعليه فلا يستحق ورثة العامل شيئا أيضا؛ لعدم تعين الحق لمورثهم، وإنما يستحقون ما تعين له، وإلا فلا شيء لهم.

- أدلة الشافعية والحنابلة:-

استند هذا الفريق فيما ذهبوا إليه إلى رأيهم بأن الجعالة عقد جائز (غير لازم) من الجانبين قبل تمام العمل؛ لأنها تعليق استحقاق بشرط كالوصية؛ بمعنى أن استحقاق الجعل معلق على تمام العمل كما إن استحقاق الملك بالوصية مضاف إلى ما بعد موت الموصي. ولأن العمل في هذا العقد مجهول، فلذلك كانت الجعالة جائزة من الجانبين قبل تمام العمل، ومن شأن العقود الجائزة (غير اللازمة) أن تفسخ بإرادة أحد المتعاقدين حال حياتهما، كما إنها تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فيها؛

(1) المواق، التاج والإكليل، ج5/ ص455
(2) ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص447،446. القرافي، الذخيرة، ج6/ ص13

كالشركة والمضاربة، وكذلك الجعالة والسبق والرمي ونحوها. وإذا انفسخ العقد لم يرتب أثرا في المدة التالية لانفساخه؛ لعدم بقاء العقد في تلك المدة(1).

من هنا فإنه إذا مات الجاعل قبل إتمام العامل العمل،فلا يستحق العامل مقابل ما عمله بعد موته قسطا من الجعل؛ لكونه عمل عندئذ بعد انفساخ العقد،فلا أثر لعمله بدون عقد. وإنما يستحق قسط ما عمله من الجعل المسمى حال حياة الجاعل فقط؛ وذلك لأن الملتزم(الجاعل) ثَمَّ لم يتسبب في إسقاط المسمى بإرادته، كما إن العامل ثَمَّ تمم العمل بعد الانفساخ بسبب موت الجاعل ولم يمنعه المالك من ذلك(2).

كما يستحق ورثة العامل بالمقابل قسط ما عمله العامل حال حياته، فيما إذا مات العامل قبل إتمام العمل، وأتمه ورثته من بعده؛ وذلك لأن الالتزامات الناشئة عن العقود غير اللازمة لا تسقط بانفساخها عن المدة السابقة للانفساخ، لأنها كانت قائمة وقتئذ. ومن ثم فإن هذه الأجرة عن المدة السابقة للوفاة عوضٌ عن عمل العامل، ولم يُسَلَّم له هذا العوض بعد، فلا يسقط بالموت، كالأجرة في الإجارة لا تسقط بالموت.

المناقشة والترجيح:-

إن الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو القول الأظهر عند المالكية؛ وهو عدم إلزام الجاعل بالجعل إلا بعد أن يشرع العامل في العمل،فإذا شرع بالعمل التزم الجاعل أو ورثته–إذا مات قبل أن يتم العامل العمل ــ تجاه العامل وتجاه ورثته من بعده بالجعل كاملا، بخلاف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

ثم إن تحديد إلزام الجاعل ومن بعده ورثته بأداء الجعل للعامل بالشروع في العمل لا قبله، ليس فيه ضرر على العامل ولا على ورثته؛ لكونه لم يشرع في العمل بعد. فإذا شرع في العمل، التزم الجاعل ومن بعده ورثته تجاهه بالجعل.

وأعتقد أن قول المالكية ومن معهم من فقهاء الشافعية هو الأحفظ للحقوق؛ لأن إسقاط جزء من الجعل ــ بناء على رأي جمهور الشافعية والحنابلة ــ بسبب انفساخ العقد بموت أحد الطرفين، مع إلزام العامل أو ورثته بإتمام العمل حتى يتسلم الجزء المستحق له حال حياة المتعاقدين، برأيي أن فيه إجحافا بحق العامل أو ورثته من بعده؛ لأنه يسقط حصة ما عمله هو أو ورثته بعد موت أحد المتعاقدين.

وعلى القول بأن العامل أو ورثته اختاروا عدم إتمام العمل لما سيلحقهم من ضرر وخسارة جراء ذلك العمل بلا مقابل، أو مقابل جزء من الجعل، فهنا يكون قد ذهب عمل العامل حال حياة المتعاقدين هباء منثورا، ليس لشيء، إلا لما سيلحقهم من ضرر فيما لو أتموا ذلك العمل دون مقابل.

---

(3) الأنصاري، أسنى المطالب، ج5/ ص475. البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص206. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج2/ ص191. المرداوي، الإنصاف، ج5/ ص369

(4) الأنصاري، أسنى المطالب، ج5/ ص476

كما إن التفرقة بين أن يكون العامل من ورثة الجاعل أو لا تفرقة غير منصفة ــ برأيي ــ إذا كان مع العامل الوارث ورثة آخرون أو غرماء يشاركونه في تركة الجاعل؛ لأن عمله لا يقابل بعوض بسبب كونه وارثا، مع إنه قد أدى عملا لم يقدمه واحد من أولئك الذين يشاركونه في التركة، بل إن الغرماء قد يتحاصصون التركة ولا يبقى لهذا الوارث العامل شيء، فهل يُسَوَّى بين العامل وغير العامل في الأجر، بل هل يحرم العامل من أجره ليأخذ غير العامل الأجر؟!

من هنا فإن رأي المالكية هو الأعدل والأحفظ لحقوق العامل وورثته، والله تعالى أعلم.

المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح على منفعة أو عمل

يتناول هذا المبحث أثر الموت في عقد الصلح إذا كان صلحا عن نقد أو عرض بمنفعة؛ كسكنى دار أو خدمة شخص مدة معينة، أو إذا كان صلحا على أن يعمل له المصالح عملا معلوما كأن يخيط له ثوبا ونحو ذلك.

ويكيف هذا العقد على أنه عقد إجارة، من هنا فإنني أرجأت البحث في أثر الموت فيه إلى هذا الفصل؛ لكي لا يكون هنالك استباق لبيان أثر الموت في عقد الإجارة بصورة مجتزأة.

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء[1]على أنه إذا مات أحد المتصالحين بعد استيفاء المنافع المصالح عليها، فإن عقد الصلح لا يبطل بموته؛ لأنه تم ونفذ.

لكن الخلاف بين الفقهاء في حالة موت أحد المتصالحين قبل استيفاء المنافع أو العمل المصالح عليه،فهل يبطل عقد الصلح (عقد الإجارة في هذه الحالة)، ومن ثم فما مصير التزامات ورثة كل من المتعاقدين؟!

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى أمرين:-

1- اختلاف الفقهاء في مسألة بطلان عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع أو عدم بطلانه. فالذين قالوا بعدم بطلان عقد الإجارة في هذه الحالة، ذهبوا إلى القول بعدم بطلان عقد الصلح على منافع في حالة موت أحد المتصالحين المعقود لهما قبل استيفاء المنافع. وأما الذين قالوا ببطلان عقد الإجارة، ذهبوا إلى القول ببطلان عقد الصلح كذلك، إلا إنه وجد بينهم مخالف لهذا الرأي بالنسبة لعقد الصلح، بالرغم من قوله ببطلان عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع.

2- ويعود سبب مخالفة الرأي الأخير إلى التناقض بين حكم عقد الصلح؛ وهو قطع النزاع، وبين القول ببطلانه في حالة موت أحد المتعاقدين؛ إذ لو قيل ببطلان عقد الصلح في هذه الحالة،لأدى إلى إعادة النزاع، ومن هنا فقد غلب جانب قطع النزاع الذي شرع من أجله الصلح، ولم يقل ببطلان الصلح إلا إذا كان الاستمرار فيه سيؤدي إلى نزاع آخر،وذلك في حالة موت المدعي،مع كون المنفعة مما يختلف الناس باستيفائها.

مذاهب الفقهاء:-

ذهب الحنفية ــ عدا أبو يوسف ــ إلى القول بأن عقد الصلح على المنافع يبطل بموت المدعي أو المدعى عليه إذا عقده لنفسه، سواء أكان الصلح عن مال بمنافع، أم عن منافع بمال، أم

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص32. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج8/ ص226

عن جنس آخر ــ غير المنافع والمال ــ بمنفعة؛ لأنها جميعها لها حكم الإجارة؛ وذلك إذا مات أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنفعة، وإن استوفى المدعي جزءا من حقه من المنافع حال حياة المتعاقدين، ثم مات أحدهما، بطل الصلح فيما بقي، ومن ثم يرجع بالمدعى بقدر ما تبقى[1].

وذهب أبو يوسف من الحنفية إلى التفصيل في المسألة؛ حيث قال بعدم بطلان عقد الصلح بموت المدعى عليه(وهو بمثابة المؤجر هنا)،ويلتزم ورثته في هذه الحالة بتمكين المدعي(وهو بمنزلة المستأجر) من استيفاء المنافع.

أما في حالة موت المدعي، فإنه ينظر فيما إذا كان استيفاء تلك المنافع مما يتفاوت الناس فيه أم لا؛ فإذا كان مما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا، استمر عقد الصلح بعد وفاة المدعي ويبقى المدعى عليه أو ورثته ملتزمين بتمكين ورثة المدعي من استيفاء المنافع حسب ما هو متفق عليه،وأما إن كانت المنافع مما يتفاوت الناس باستيفائها؛ كلبس الثياب وركوب الدابة،فإنها تبطل بموت المدعي دون المدعى عليه[2].

بينما ذهب الجمهور من المالكية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى القول بعدم بطلان عقد الصلح بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنفعة المصالح بها.

فإذا كان المتوفى هو المدعي، فإن ورثته يقومون مقامه باستيفاء المنافع المصالح عليها، كما يلتزمون بعدم رفع دعوى بخصوص المتصالح عنه. وبالمقابل فإنه إذا مات المدعى عليه، فإن ورثته يلتزمون بتمكين المدعي من استيفاء المنافع الصالح عليها0

جاء في الأم:-[قال: وإن ادعى رجل حقا في دار أو أرض،فأقر له المدعى عليه، وصالحه من دعواه على خدمة عبد أو ركوب دابة أو زراعة أرض أو سكنى دار أو شيء مما يكون فيه الإجارات، ثم مات المدعي والمدعى عليه أو أحدهما، فالصلح جائز ولورثة المدعي السكنى والركوب والزراعة والخدمة وما صالحهم عليه المصالح][6].

- **أدلة الفقهاء:-**

- **أدلة الحنفية – عدا أبو يوسف:-**

1- اعتمد الحنفية في قولهم ببطلان عقد الصلح بموت أحد المتصالحين إذا كان عاقدا الصلح لنفسه، اعتمدوا على تكييفهم عقد الصلح إذا كان المصالح عليه منافع على أنه عقد إجارة،وعقد الإجارة عندهم يبطل بموت أحد العاقدين إذا كان عاقدا لنفسه،سواء أكان مؤجرا أم مستأجرا،

---

(1) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص32. ابن نجيم، البحر الرائق، ج7/ ص256. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج8/ ص226. ابن عابدين، علاء الدين محمد بن محمد أمين، (ت1306هـ)، قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المسماة بتكملة ابن عابدين. القاهرة: المطبعة اليمنية، 1889هـ، ج8/ ص408

(2) الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص33. السرخسي، المبسوط، ج20/ ص147

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص81. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص344

(4) الشافعي، الأم، ج3/ ص222

(5) ابن قدامة، المغني، ج4/ ص312، 319. الرحيباني، مطالب أولي النهى،ج3/ ص339

(6) الشافعي، الأم، ج3/ ص222

فكذلك يبطل عقد الصلح بموت أحد المتعاقدين فيه إذا كان عاقدا لنفسه؛ ولو قيل ببقاء الصلح بعد موت المدعي، لأدى ذلك إلى توريث المنفعة،والمنفعة لا يجري فيها الإرث. كما هو حال الموصى له بالخدمة إذا مات، فإنه لا يخلفه وارثه في استيفاء المنفعة، وأكثر ما فيه أن يجعل الصلح كالوصية. وإذا مات المدعى عليه، انتقلت العين إلى وارثه، والمنفعة بعد موته تحدث على ملك وارثه، فلو قيل ببقاء عقد الصلح لأدى ذلك إلى أن يستحق على الوارث منفعة ملكه بغير رضاه، وهذا لا يجوز [1].

- **أما دليل أبي يوسف من الحنفية:-**

1- استند أبو يوسف فيما ذهب إليه من الحكم بعدم بطلان عقد الصلح بموت المدعى عليه أو المدعي إذا كانت المنافع مما لا يتفاوت الناس باستيفائها،استند إلى الحكم الأساسي لعقد الصلح؛ وهو قطع المنازعة بين المتداعيين،فلو أبطل عقد الصلح بموت أحد المتعاقدين لعادت المنازعة إلى ما كانت عليه،ولذلك فلا يبطل الصلح بموت أحدهما تحرزا من إعادة النزاع.

ففي حالة موت المدعى عليه فلا ضرر على ورثته في استيفاء المنفعة من قبل المدعي؛ لبقاء المدعي نفسه، وورثة المدعى عليه ينتفعون بإيفاء هذا الصلح كما كان مورثهم ينتفع به؛ وتتمثل هذه المنفعة بقطع منازعة المدعي، فلو قيل بإبطال الصلح، قد لا يتمكن الورثة من تحصيل هذه المنفعة لأنفسهم، وذلك خلافا للإجارة؛ حيث لا منازعة أصلا.

وكذلك في حالة موت المدعي قبل استيفاء المنافع،فإذا كانت تلك المنافع مما لا يتفاوت الناس باستيفائها،فإن ورثة المدعي يقومون مقامه باستيفاء تلك المنافع،مع ذات النفع المتحقق من هذا العقد بالنسبة للمدعى عليه،وهو قطع النزاع. وبذات الوقت لا يحصل ضرر على المدعى عليه من إيفاء تلك المنافع لورثة المدعي؛ لكون ذلك الاستيفاء لا يتفاوت باختلاف الناس.

وأما في حالة موت المدعي مع كون تلك المنافع مما يتفاوت الناس باستيفائها، فيبطل عقد الصلح بموت المدعي؛ وذلك لأنه يتعذر إقامة الوارث مقام المدعي في ذلك الاستيفاء لتضرر المالك بذلك، وهو لم يرض بالتزامه، وهنا لم يتحقق حكم عقد الصلح وهو رفع النزاع، بل إنه قد يوقع في نزاع جديد[2].

- **أدلة الجمهور:-**

1- بنى الجمهور رأيهم في هذه المسألة على تكييفهم لعقد الصلح إذا كان المصالح عليه منافع على أنه عقد إجارة، فتراعى فيه شروط عقد الإجارة وأحكامه[3]. وعقد الإجارة عند الجمهور ــ عدا

---

(1) السرخسي، المبسوط، ج20/ ص147

(2) السرخسي، المبسوط، ج20/ ص147. الزيلعي، تبيين الحقائق، ج5/ ص33

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص81، القرافي، الذخيرة، ج5/ ص344

الحنفية ومن ضمنهم أبو يوسف ــ لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فيه. فيطبق هذا الحكم على عقد الصلح، فلا يبطل عقد الصلح بموت أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع المصالح عليها.

<u>المناقشة والترجيح:-</u>

الرأي الذي أرجحه في هذه المسألة هو رأي الجمهور القائل بعدم بطلان عقد الصلح بموت أحد المتعاقدين؛ لأن عقد الصلح ما وضع إلا لرفع النزاع القائم أو المتوقع وقوعه كما عند المالكية، ومن ثم فإن القول ببطلان عقد الصلح في حالة موت أحد المتعاقدين سيؤدي إلى إعادة النزاع من جديد، والشريعة الاسلامية بمبادئها العادلة تقضي برفع الضرر، وليس بإعادة النزاع بعد أن رفع بموجب ذلك العقد، فلا يتوجه القول ببطلان عقد الصلح في هذه الحالة.

وقد تبنى أبو يوسف من الحنفية القول بعدم بطلان عقد الصلح في هذه الحالة،مع اختلاف يسير بالنسبة لموت المدعي إذا كانت المنافع مما يتفاوت الناس باستيفائها؛ حيث قال ببطلان عقد الصلح في هذه الحالة،وذلك موازنة منه بين الضررين: ضرر إعادة النزاع الأصلي إذا قيل ببطلان عقد الصلح، وتضرر المدعى عليه المحتمل نتيجة لتفاوت الناس في استيفاء المنافع إذا قيل ببقاء عقد الصلح، وقد رجح جانب بطلان عقد الصلح في هذه الحالة.

وقد يرجع ذلك إلى توقع أبي يوسف تضرر المالك (المدعى عليه) في هذه الحالة بشكل أكبر، مما يؤدي إلى حدوث نوعين من النزاع بدلا من نوع واحد وهو النزاع الأول الذي عقد الصلح لرفعه؛ ذلك إنه عند اختلاف استيفاء المنافع المصالح عليها، قد يؤدي ذلك إلى تلف العين المستوفى منها تلك المنافع، وهي باقية في ملك المدعى عليه، فبتلفها يحدث نزاع من نوع جديد،إضافة إلى نقض عقد الصلح؛ حيث لا يتصور بقاؤه مع نزاع جديد، فيضاف إلى النزاع الأول، وهكذا يتحصل نوعان من النزاع، في حين إن القول ببطلان عقد الصلح ابتداء يؤدي إلى نوع واحد من النزاع، وهو الذي كان عقد الصلح معقودا من أجله، فلما بطل العقد عاد النزاع. وبالموازنة بين الضررين، فإنه يزال أشد الضررين ويتحمل أخفهما، ولا شك أن تحمل نوع من النزاع أهون من تحمل نوعين،فيقال ببطلان عقد الصلح في هذه الحالة.

وهكذا فإن رأي أبي يوسف متفق مع رأي الجمهور إلا في حالة واحدة؛ وهي حالة كون المنافع المصالح عليها مما يتفاوت الناس باستيفائها. وبرأيي أن كون المنافع مما يتفاوت الناس باستيفائها،لا يقتضي ولا يحتم الوقوع في نزاع جديد؛ لأنه قد يكون استيفاء ورثة المدعي أفضل من استيفائه نفسه؛ لاختلاف الناس في الاستيفاء،فهذا لا يصلح في جميع الأحوال للقول ببطلان عقد الصلح من أجل ذلك. وإذا كان التضرر ظاهرا من استيفاء ورثة المدعي قبل شروعهم في الاستيفاء، فهنا قد يرفع المدعى عليه دعوى بذلك، ومن ثم إذا شرع الورثة بالاستيفاء الذي قد ينتج عنه ضررٌ للمالك، فإنهم يَتَحَمَّلون الغرم نتيجة ذلك الضرر بلا شك. والله تعالى أعلم.

الفصل الرابع:- تطبيقات معاصرة على أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن المعاوضات المالية الناجزة

وفيه ستة مباحث:

المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية بشكل عام في القانون المدني الأردني

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزام بتسجيل ملكية العقارات والمركبات

المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المرابحة للآمر بالشراء

المبحث الرابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد العمل

المبحث الخامس:-أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة

المبحث السادس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد التوريد

تــوطئـــة

يتضمن هذا الفصل تطبيقات معاصرة على أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عدد من عقود المعاوضات المالية، سواء أكانت واردة على الأعيان أو على العمل أو المنافع. وهذه العقود هي عقود المعاوضات التي تستلزم تسجيل العقارات أو المركبات ضمن إحدى دوائر الدولة ، وعقد العمل، وعقد المقاولة، وعقد التوريد، وعقد المرابحة للآمر بالشراء.

ولا بد من الإشارة إلى أن بحث أثر الموت في هذه العقود، إنما يختص بتعاقد الأفراد- الشخصيات الطبيعية، سواء أكان تعاقدهم مع أفراد مثلهم، أم مع شخصيات اعتبارية -كالشركات القانونية والمؤسسات العامة والخاصة والبنوك ونحوها؛ وذلك لأن الموت إنما يطرأ على الأفراد، أما بالنسبة للشخصيات الاعتبارية، فلا يطرأ عليها الموت؛ لكونها شخصيات معنوية غير حقيقية، ولا تتأثر بموت أصحابها ولا بموت أفراد فيها، بل تستمر التزاماتها في السريان والتنفيذ. وإنما قد تنتهي هذه الشخصيات الاعتبارية بطرق أخرى غير الموت؛ كالإفلاس والتصفية ونحو ذلك[1]. وليس هذا مجال بحثنا.

وقد قدمت البحث في هذا الفصل بمبحث بينت فيه أثر الموت في الالتزامات التعاقدية بشكل عام في القانون المدني الأردني، محاولة ربطه بأصوله المستمد منها؛ وهي قواعد الشريعة الاسلامية العادلة. إضافة إلى ربط كل عقد من العقود التالية بتأصيله الشرعي بما يتوافق مع تطبيقه المنسجم مع الواقع المعاصر والتغيرات المستجدة.

(1) الزرقا، ، مصطفى أحمد، (1368هـــ ـــ 1949م). الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد: نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي. سورية: مطبعة الجامعة السورية، ط2، ج2/ ص204، 205، 208، 209

المبحث الأول:- أثر الموت في الالتزامات التعاقدية بشكل عام في القانون المدني الأردني

يتناول هذا المبحث بيان نظرة القانون المدني الأردني بشكل عام بالنسبة لأثر الموت في الالتزامات الناشئة عن العقود المختلفة، بما فيها عقود المعاوضات المالية الناجزة.

فقد نصت المادة 206 من هذا القانون والتي تحدد أثر العقد بالنسبة إلى الغير على ما يلي:- [ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينتقل إليه] (1).

جاءت هذه المادة لتبين حكم انتقال الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقود(أثر العقد) بشكل عام إلى الخلف العام(2). والذي يتعلق بموضوع البحث هو حكم انتقال الالتزامات التعاقدية من السلف إلى الخلف. فقد أشارت هذه المادة إلى أن الالتزامات التعاقدية تنتقل من السلف إلى الخلف مع تحفظ خاص يتصل بأحكام الميراث في الشريعة الاسلامية. وقد وضح شراح هذا القانون أن المراد بهذا التحفظ هو كون الوارث لا يلتزم بديون مورثه إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة. ولذلك فلا يكون التزام الورثة بأداء دين مورثهم إلا في حدود ما خلف من تركة(3).

وهذا ما نص عليه الفقهاء القدامى؛ جاء في المغني: [وإن مات من عليه الحق، أخذ ورثته بمثل ذلك؛ لأن الحق ثبت على موروثهم، فيتعلق بتركته، وقد صارت إلى الورثة، فيلزمهم ما لزم موروثهم،كما لو كان الحق معينا. وإن لم يخلف الميت تركة، فلا شيء على الورثة](4) .

ومن التحفظات التي ينبغي إضافتها برأيي هنا هو عدم تحميل الموصى له أية التزامات مترتبة على المتوفى؛ لاعتباره من الغير بالنسبة لهذا التعاقد، وهذا ما ينص عليه القانون أيضا، إلا إذا كانت مندرجة ضمن ما نص عليه القانون في المادة 207 ــ سيأتي بيانها؛ وذلك لأن الموصى له إنما يستحق ما يؤول إليه بموجب عقد الوصية،لا بموجب الخلافة، فلا تنتقل إليه الالتزامات الناشئة عن العقود التي أبرمها الموصي قبل موته بشكل عام.

---

(1) وقد أشارت المذكرات الإيضاحية ج2/ ص234 إلى أن هذه المادة تقابل المادة 145 من القانون المدني المصري والمادة 146 من القانون المدني السوري والمادة 142 العراقي.

(2) الخلف العام: هو من يخلف سلفه في ذمته كلها أو في كسر حسابي فيها؛ كالربع أو الثلث،ونحو ذلك. فالوارث إذا كان وحيدا، فإنه يخلف مورثه في ذمته المالية كلها، وأما مع وجود ورثة آخرين معه، فإنه يخلفه في كسر حسابي فيها. كذلك إذا تلقى الموصى له كسرا حسابيا في التركة، فإنه يكون خلفا عاما.
أما الخلف الخاص فهو من يتلقى عن سلفه عينا معينا؛ كالمشتري، والموهوب له، والموصى له بشيء معين لا بنسبة شائعة. (خاطر، صبري حمد،(2001م). الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزام.ط1، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع. ص40، 41).

(3) وقد أشارت المذكرات الإيضاحية ج2/ ص234 إلى أن هذه المادة تقابل المادة 145 من القانون المدني المصري والمادة 146 من القانون المدني السوري، و142 العراقي.

(4) ابن قدامة، المغني، ج5/ ص109

ومن ثم فقد وردت استثناءات[1] تحول دون انتقال الالتزامات التعاقدية إلى الخلف العام بالرغم من بقائه خلفا لمورثه، وهذه الاستثناءات يمكن اعتبارها ضوابط عامة مشتركة بين القانون الوضعي والشريعة الاسلامية، بحيث تضبط انتقال الالتزامات من السلف إلى الخلف:-

أولا:- إذا اتفق أو نص المتعاقدان عند إبرام العقد على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام في حالة موت أحد المتعاقدين، إذا لم يكن هذا الاتفاق مخالفا للنظام العام أو للآداب. ففي هذه الحالة يطبق اتفاق المتعاقدين، ولا ينتقل التزام أحدهما تجاه الآخر إلى ورثة المتوفى منهما. وذلك كأن يتفق سائق على أن يعمل عند شخص بعينه مدة سنة، على أن ينتهي عقد الإجارة بينهما في حالة موت المستأجر مثلا، فهنا ينتهي عقد الإجارة بموت المستأجر .وبعكس ذلك ما لو اشترط المستأجر عمل أجير بعينه، ولو كانت طبيعة العمل مما لا يختلف الأجراء في أدائه، فهنا لا ينتقل التزام العامل إلى ورثته.

مثال آخر ما لو اتفق المتعاقدان على تقسيط ثمن المبيع لمدة خمسة عشر شهرا، على أنه إذا مات المشتري، فإن بقية الأقساط تصبح حالة وتؤخذ من تركته.

ثانيا:- أن تكون طبيعة العقد أو طبيعة الالتزامات الناشئة عنه تأبى الانتقال من المتعاقد إلى خلفه؛ كما لو كان الالتزام متعلقا بشخصية المتعاقد وبمؤهلاته الخاصة؛ كالتعاقد مع جراح أو رسام أو مهندس أو محام معينين،بناء على مؤهلاتهم وخبراتهم الخاصة، فلا تنتقل الالتزامات التعاقدية المترتبة على هؤلاء الأشخاص إلى ورثة المتوفى منهم.وهذا يتوافق مع ما نص عليه الفقهاء مثلا في عقد الإجارة مع الأجير الخاص (المعين)؛ حيث قالوا ببطلان الإجارة بموته.

ثالثا:- أن ينص القانون صراحة على انتهاء العقد بموت أحد المتعاقدين، ومن ثم فلا تنتقل الالتزامات الناشئة عنه إلى ورثة المتوفى إلا عن المدة السابقة لوفاته، دون المدة اللاحقة؛ كأن ينص القانون على انتهاء عقد الوكالة بموت أحد المتعاقدين.

رابعا:- وهذا الاستثناء أضافه أبو البصل (1999م)؛ وهو ما نص عليه القانون أيضا بأن تلحق الالتزامات الناشئة عن العقود التي أبرمها المتوفى في مرض الموت بما هو مطبق في الوصية، بحيث لا ينتقل من هذه الالتزامات إلا بقدر ثلث التركة؛ حماية لحقوق الورثة[2].

مما سبق يتبين أن القانون المدني الأردني يتوافق مع ما جاءت به الشريعة الاسلامية من ضوابط وأحكام تنظم انتقال الالتزامات التعاقدية من السلف إلى الخلف. مع مراعاة أن لا يكون الاتفاق بين المتعاقدين ابتداء على عدم انتقال الالتزامات التعاقدية إلى من يخلف المتوفى مخالفا

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج1/ ص599، 600، أبو البصل، دراسات في فقه القانون المدني الأردني- النظرية العامة للعقد، (1419هـ ـ 1999م). ط1، عمان: دار النفائس، ص302- 304. خاطر، صبري حمد،الغير عن العقد، ص47

(2) أبو البصل، دراسات في فقه القانون المدني الأردني، ص304.

للأحكام الشرعية للعقود المختلفة. وأن يكون مرجع نص القانون على انتهاء العقد بموت أحد المتعاقدين هو أحكام العقود في الشريعة الاسلامية كذلك. وهذه القيود جميعها تهدف إلى حماية حقوق جميع الأطراف.

إلا إن هذه المادة قد أغفلت احتمال انتقال الالتزامات التعاقدية إلى وصي التركة،الذي قد يكون معينا من قبل المتعاقد قبل وفاته، أو قد يعينه القاضي للوفاء بالتزامات المتوفى بعد وفاته، وهو لا يعتبر من الخلف العام. وهكذا فقد جاءت المادة السابقة مقتصرة على انتقال الالتزامات من السلف بعد وفاته إلى الخلف العام بالقيود المذكورة.

لكن المادة 207 من القانون المدني الأردني تنص على أنه: [إذا أنشأ العقد حقوقا شخصية تتصل بشيءٍ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص،فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه].

والخلف الخاص:- هو من يكتسب حقا عينيا على شيء معين؛ كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة [1].

وهكذا وبموجب هذه المادة،فإن الموصى له بعين معينة[2] قد يترتب عليه تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية التي تعتبر محددة للعين (أي تحد من حرية الانتفاع بها). كما تنتقل إليه الحقوق إذا كانت مكملة لتلك العين الموصى بها وتدرأ عنه الخطر؛ كما ينتقل إليه الحق المكتسب بموجب عقد التأمين مع العين المنتقلة [3].

وقد حددت هذه المادة انتقال الالتزامات التعاقدية من السلف إلى الخلف الخاص بشكل عام؛ ومن ضمنهم الموصى له بعين معينة بثلاثة شروط[4]:-

1- أن يكون تاريخ العقد الذي أبرمه السلف ورتب التزامات عليه سابقا على كسب الخلف الخاص لملكية ذلك الشيء.

وهذا الشرط لا داعي له - برأيي- بالنسبة للموصى له بعين معينة؛ لأن الموصى له لن تنتقل إليه ملكية الموصى به المعين إلا بعد أن يتوفى الموصي؛ حيث تعرف الوصية على أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع[5]. ومن ثم فيلزم الموصى له بجميع العقود المتعلقة بها والتي أبرمها الموصي حال حياته،ولو كان قد أبرمها بعد أن أوصى بها؛ لأن الموصى له لم يكن مالكا لتلك العين وقتئذ.

2- أن تكون الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الموصى به؛ ويتحقق ذلك إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به؛ بمعنى إذا كان يترتب على وجودها الحد من مدى الحق

---

(1) المذكرات الإيضاحية، ج1/ ص235

(2) اقتصرت بحث انتقال الالتزامات إلى الموصى له فقط دون باقي الأمثلة على الخلف الخاص؛ لكونه يخص موضوع البحث دون غيره.

(3) سوار، وحيد، ج1/ ص288

(4) المذكرات الإيضاحية، ج1/ ص235. حجازي، عبد الحي، النظرية العامة للالتزام. القاهرة: مطبعة نهضة مصر، 1954، ج2/ ص848. أبو البصل، دراسات في فقه القانون المدني الأردني، ص306 ــ 309

(5) الدمياطي، إعانة الطالبين، ج3/ ص216

الذي انتقل إلى الخلف الخاص؛ وذلك كأن يقوم مالك الدار بالالتزام بعدم البناء فوقها مقابل عوض ما، ثم يوصي بتلك الدار، فينتقل هذا الالتزام إلى الموصى له. أو أن يلتزم صاحب متجر بعدم منافسة محل آخر في الشارع نفسه مقابل عوض ما،ثم يوصي بذلك المتجر،فينتقل المتجر بعد وفاته إلى الموصى له محملا بذلك الالتزام. وهذان الالتزامان السابقان من قبيل الالتزام السلبي؛ أي الالتزام بعدم عمل ما.

ومن الأمثلة على الالتزام الإيجابي-أي الالتزام بفعل ما،أن يقوم صاحب الدار بتأجير الدار لمدة سنة، ومن ثم يوصي بها لشخص معين، فإذا مات الموصي خلال مدة الإيجار،فإن الدار تنتقل إلى الموصى له محملة بالتزام المؤجر تجاه المستأجر إلى نهاية المدة.

3- أن يكون الخلف الخاص(الموصى له) على علم بهذه الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه. والسبب في هذا الشرط هو عدم إثارة التنازع بين الخلف الخاص والمُلْتَزَمِ له.

وأعتقد أن عقد الوصية المبني على التبرع في أساسه، ليس بحاجة إلى مثل هذا الشرط أيضا؛ لأن الموصى له قد انتقل إليه الموصى به دون مقابل؛ أي على سبيل التبرع، فكيف له أن ينازع المُلْتَزَمَ له وقد استحق ما استحقه بعوض قد بذله، وذلك قبل أن يملك الموصى له تلك العين؟! ولكن بما أنه لا تخلو النفوس البشرية من الطمع، فينبغي أن يعلم الخلف الخاص بمثل هذه الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه قطعا للنزاع.

وهكذا فإذا لم تتحقق الشروط السابقة معا، فإن الالتزامات التعاقدية لا تنتقل إلى الخلف الخاص، فمثلا إذا اشترى شخص دارا ولم يقبضها ولم يدفع ثمنها وبقي في ذمته، ثم أوصى بها إلى شخص معين، فإذا مات الموصي قبل أن يدفع ثمنها تعلق الدين بتركته، ولا ينتقل مثل هذا الالتزام إلى الموصى له بهذه الدار؛ لأن هذا الالتزام ليس من قبيل الالتزامات المحددة للعين والتي تحد من انتفاع الموصى له بها، وإنما هو التزام بدين مالي، فيكون كسائر الحقوق المتعلقة بالتركة. فإذا سددت جميع الديون المتعلقة بالتركة،ومن ضمنها ثمن هذه الدار الموصى بها، فعندئذ ينظر، فإذا كانت قيمة الدار الموصى بها في حدود ثلث التركة المتبقية،فإنه تنفذ وصية المتوفى وتسلم الدار إلى الموصى له بكاملها، وأما إذا كانت قيمة الدار أكثر من الثلث، فلا تنفذ وصيته إلا في حدود الثلث من قيمة التركة إلا إن يرضى الورثة بذلك[1].

---

(1) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1/ ص235، 236

وقد أشكل على القانونيين مسألة انتقال الالتزامات إلى الموصى له، مع كون الموصى له من الغير عن العقد، بحيث إن الأصل أن لا يتحمل الموصى له تلك الالتزامات، واعتبروا انتقال الالتزامات المحددة للعين مستثناة من القاعدة[1].

وقد تبدو هذه المسألة مخالفة لرأي الفقهاء في عدم انتقال الالتزامات المترتبة على الموصي إلى الموصى له، إلا إنه برأيي يمكن تكييف انتقال الالتزامات المحددة للعين إلى الموصى له، بأن الموصي إنما أوصى ابتداء بملكية تلك العين للموصى له دون حق معين متعلق بها، حيث إنه قد التزم ابتداء تجاه شخص ما بعدم المنافسة مثلا بالنسبة للمحل التجاري أو بعدم البناء فوق داره، ومن ثم عندما أوصى بتلك العين إنما أوصى بها محملة بذلك الالتزام،فلم يدخل حق الآخرين فيما أوصى به الموصي ابتداء، وإلا أدى ذلك إلى تداخل الحقوق، والموصي نفسه لم يكن يملك ذلك الحق بموجب التزامه، فلا يجوز له أن يتصرف فيما لا يملكه. ومن ثم تنتقل ملكية الدار محددة دون حق التعلي مثلا إلى الموصى له بعد موت الموصي. فتكون المسألة غير مندرجة ضمن انتقال الالتزامات إلى الموصى له؛ لأن الذي انتقل إلى الموصى له إنما هو ما كان يملكه الموصي، والموصي لم يكن مالكا لما التزم به تجاه الآخرين من حقوق ،سواء أكان حق التعلي أو حق المسيل ونحو ذلك. فيكون عقد الوصية ناقلا ملك الموصى به ناقصا لصفته مثلا، وليس ناقلا لالتزامات الموصي ابتداء إلى الموصى إليه؛ وهذا موافق للأصل المتفق عليه بأن الموصى إليه لا يقوم مقام الموصي فيما ترتب عليه من التزامات ابتداء.

وأما بالنسبة لانتقال العين محملة بحق المستأجر في استيفاء المنفعة إلى نهاية المدة، فهنا لا يتصور أن الموصي قد أوصى بالدار دون منفعتها؛ إذ لا فائدة مرجوة من تلك الدار عندئذ، إلا إنه ولما تعارض هنالك حقان في استيفاء منافع تلك الدار:حق المستأجر وحق الموصى له، فهنا يصار إلى الترجيح لأحد الحقين، وذلك بالرجوع إلى ترتيب الفقهاء للحقوق المتعلقة بالتركة، حيث يقدمون تسديد الدين،وهو هنا حق متعلق بعين معينة من التركة،فيقدم على سائر الديون. وهكذا فلا تنتقل العين المؤجرة إلى الموصى له إلا بعد استيفاء المستأجر المنفعة المتبقية له في مدة الإجارة. ومن ثم يأتي تنفيذ الوصايا في المرحلة اللاحقة بعد تسديد ديون المتوفى، على أن تكون تلك الوصايا في حدود ثلث التركة.

---

(2) لست هنا بصدد بحث تكييفات القانونيين العرب والأجانب لهذه المسألة، وإنما اقتصرت على بيان رأي القانون الأردني، حيث اعتبر عدم انتقال الالتزامات إلى الموصى له هو الأصل، ويستثنى منه حالة ما إذا تحققت الشروط الثلاثة السابقة. (انظر بحث المسألة:خاطر،صبري حمد،2001م. الغير عن العقد، ص108ــ 135).

المبحث الثاني:- أثر الموت في الالتزام بتسجيل ملكية العقارات والمركبات

يدخل هذا الالتزام الشكلي في عدد من العقود؛ كعقد البيع،والهبة بعوض، والصلح بعوض، وذلك إذا كان المعقود عليه في هذه العقود عقارا أو بعض أنواع المنقولات كالمركبات. فلا تنتقل الملكية في هذه العقود إلا بعد تسجيلها في الدوائر الحكومية الخاصة بذلك.

ومن الناحية الشرعية، فإن الأصل في العقود الفورية هو ترتب أثرها عليها بمجرد انعقادها بالإيجاب والقبول، دون الحاجة للتسجيل الشكلي. إلا إن هذا الالتزام الشكلي بالتسجيل، ليس فيه معارضة للشرع، بل يكيف على أنه من باب السياسة الشرعية لتحقيق المصلحة العامة،وبذلك يكون العمل به واجبا امتثالا لقوله تعالى:- [وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم]([1]).

والشاهد في هذه الآية هو الأمر بإطاعة أولي الأمر بما يوجبونه من أمور لتنظيم المجتمع بحسب ما يرونه الأصلح للناس[2].

وقد جاء في نص القانون المدني الأردني في المادة 497:- [يتم التسليم حكما بتسجيل المبيع باسم المشتري، عندما تُعلّقُ النصوصُ التشريعيةُ نقلَ الملكيةِ على التسجيل الرسمي].

إلا إن هذه المادة القانونية- برأيي- فيها نوع من التناقض؛ لأنها في بدايتها تعتبر التسجيل نوعا من التسليم الحكمي، والتسليم الحكمي هو صورة من صور الالتزام بالإقباض والقبض، والالتزام بالإقباض إنما هو مترتب على انعقاد عقد البيع، وهو شرط لاستقرار العقد، وليس شرطا لانعقاده ولا لصحته. لكن النص على تعليق نقل الملكية على التسجيل الرسمي،يعارض الكلام السابق؛ لأن اشتراط التسجيل لنقل الملكية ابتداء، معناه أن التسجيل شرط لانعقاد العقد أساسا، وليس مجرد التزام مترتب على العقد بعد وجوده، فإذا لم يوجد التسجيل ابتداء فلا عقد بين الطرفين.

والمتتبع للتطبيقات القانونية يلاحظ أن التسجيل لا يعتبر شرطا في انعقاد هذه العقود؛ لما سيأتي من قيام ورثة المتوفى من المتعاقدين مقام مورثهم بالالتزام بالتسجيل لبيع عقار معين مثلا. فلو كان التسجيل شرطا لانعقاد العقد ابتداء، لما أمكن الورثة التصرف بالتسجيل؛ لأنه يعتبر تصرفا منهم ببيع أموال التركة، وهذا لا يجري على إطلاقه.

كما لا يعتبر التسجيل مجرد شرط لاستقرار هذه العقود؛ لأنه لو قام البائع ببيع عقار معين لشخص ما، ولم يسجل هذا البيع. ثم قام ببيع ذات العقار لشخص آخر، مع تسجيله في دائرة الأراضي، فهنا تكون الأولوية للبائع الثاني؛ لالتزامه بالتسجيل الرسمي لحقه، بموجب المعمول به في القوانين الوضعية.

من هنا فإنه يمكن القول بأن شرط التسجيل في هذه العقود، إنما هو شرط في لزوم العقد بعد انعقاده، تماما كما يشترط القبض في لزوم عقد الرهن أو الهبة بغير عوض.

---

(1) سورة النساء: آية 59

(2) حسين، سيد عبد الله علي، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الاسلامي، ج2/ ص 514- 517

ويمكن تصحيح ذلك مثلا فيما جاء في المادة 90 من القانون المدني الأردني:[ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد]. فيكون التصحيح: بوضع كلمة من أوضاع معينة للزوم العقد،بدل لانعقاد العقد.

وفي المادة 2/105 من القانون نفسه:- [وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد]. ويكون التصحيح بوضع كلمة وإذا اشترط القانون (للزوم) العقد استيفاء شكل معين، بدلا من (لتمام).

وأما أثر الموت في الالتزام بتسجيل العقارات وبعض المنقولات:-

لا خلاف بأنه لا ينفسخ العقد الوارد على ملكية العقارات أو بعض أنواع المنقولات، إذا مات أحد المتعاقدين أو كلاهما بعد تسجيل العقد في الدوائر الحكومية الخاصة بذلك.

لكن الخلاف في حالة ما إذا مات أحد المتعاقدين قبل التسجيل لهذه العقود في الدوائر الحكومية الخاصة، فما مصير هذه العقود، وهل يلتزم ورثة المتوفى من المتعاقدين بتسجيل هذه العقود أم لا؟! وإذا تصرف الورثة بذات العقار غير المسجل ببيع ونحوه، فهل ينفذ تصرفهم فيه ؟!

لم يتعرض القانون المدني الأردني لهذه الحالة، في حين أن غيره من القوانين المدنية في البلاد العربية كالقانون المدني المصري قد تعرض لها.

ويعود ذلك إلى أن هذه الإشكالات لا يمكن تصورها في النظم القانونية التي تأخذ بنظام الشهر العقاري العيني، والذي يعتمد على العقار ذاته في تنظيمه للسجل العقاري، حيث يخصص لكل عقار صحيفة أو أكثر، يُدَوَّن فيها جميع التصرفات الواردة عليه، مهما تعدد المتصرفون فيها، فإذا ما تم التأشير على الصحيفة الخاصة بالعقار بوجود معاملة بيع مثلا لم تستوف إجراءات التسجيل، فهنا يمكن تحقيق قدر أكبر من الرقابة للجهات الإدارية على التصرفات العقارية وحركة تداولها، كما يوفر حماية لحقوق الأطراف المتعاقدة وبخاصة للمشتري، بحيث يحمي حقه من أي تصرف ناقل للملكية أو راهن للعقار من قبل البائع أو من قبل ورثته[1].

إضافة إلى أن عقد البيع العقاري في الأردن يتم بمجرد الإيجاب والقبول بين الطرفين، وبعد التوقيع على نموذج عقد البيع المخصص لهذه الأنواع من البيوع، أمام الموظف المختص. وبذلك فهو عقد شكلي رسمي يكتسب رقما وتاريخا معينا، مع كونه سابقا على تسجيل العقار في دائرة العقارات، وبناء على هذا العقد،يمكن حفظ حق المشتري، بحيث تقوم دائرة التسجيل بالامتناع

(1) الدحدوح، سالم حماد شعبان، الشكلية في العقود المدنية في القانون الأردني(دراسة مقارنة)، ص183

عن تسجيل أي عقد لاحق يرد على ذات العقار، وذلك إذا تم التأشير بالعقد الأول، أو بدعواه (وهي دعوى صحة التعاقد)؛ حيث يطالب بموجبها بتنفيذ العقد على صحيفة السجل الخاصة بالعقار[1].

وإنما تعرض القانون المدني المصري لحل مثل هذه الإشكالات؛ لكونه يأخذ بنظام الشهر الشخصي[2] للتصرفات العقارية؛ حيث يتم فيه تنظيم السجل العقاري وفقا لأسماء الأشخاص المتعاقدين[3]. وعليه فإن عدم التسجيل لا ينشئ أي أثر لعقد البيع إلا الالتزامات المقتضية لتسجيل العقار؛ حيث لا تنتقل الملكية العقارية إلا بالتسجيل.

ففي حالة موت البائع قبل تسجيل عقد البيع، فالأصل أن يلتزم ورثته بتسجيل العقار المبيع للمشتري. ويقوم المشتري بالتأشير بحقه على هامش شهر حق الإرث خلال مدة سنة من تاريخ شهر حق الإرث، وذلك ليتمكن المشتري من أن يحتج بحقه في مواجهة أي تصرف قد يقوم به الوارث في العقار المشترى من مورثه.

أما إذا لم يقم المشتري بالتأشير بحقه حتى مضت السنة على شهر الإرث، فهنا لا يكون لهذا المشتري أولوية، فإذا كان الوارث قد تصرف بالعقار ببيع جديد مثلا، فتطبق على المشتريَيْن في هذه الحالة القاعدة العامة القائمة على أساس أن الأولوية عند تزاحم المشترين للأسبق في الشهر،فإذا أشهر المشتري من المتوفى بحقه قبل تسجيل البيع الثاني مع الوارث، كانت له الأسبقية، وأما إذا أشهر بحقه بعد أن سجل المشتري الثاني عقد البيع مع الوارث، فلا يحتج بدعوى الأول، وتكون الأولوية للمشتري الجديد[4].

---

(2) الدحدوح، الشكلية في العقود المدنية في القانون الأردني، ص184

(1) يتم التسجيل وفق هذا النظام بحسب أسماء الأشخاص وليس طبقا لموقع العقار، وعليه فإنه يمكن شهر التصرفات التي تصدر من غير مالك، ولهذا لا يعتبر التسجيل الشخصي دليلا قاطعا على ملكية المتصرف إليه للعقار، غاية ما فيه أنه مجرد إجراء يهدف إلى العلانية فقط، ومن ثم فإن تسجيل التصرف لا يؤمن المالك من ادعاءات الغير بتملك العقار بالتقادم.

(2) الدحدوح، سالم حماد شعبان، (1409هـ ـ 1989م). الشكلية في العقود المدنية في القانون الأردني (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، عمان، ص182، 183

(3) عطا الله، برهام محمد،(1982م)، أساسيات نظرية الالتزام.الاسكندرية:مؤسسة الثقافة الجامعية،ص199- 203

المبحث الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المرابحة للآمر بالشراء

• المطلب الأول:- تعريف عقد المرابحة للآمر بالشراء

المرابحة لغة:- ربح مرابحة؛ يقال:أعطاه مالا مرابحة:أي على الربح بينهما[1].

وفي اصطلاح الفقهاء:-المرابحة هي أحد بيوع الأمانة؛ وتعني البيع بمثل الثمن الأول مع ربح معلوم عليه. وقد سميت (بيوع أمانة)؛ لكون المشتري يأتمن البائع على كلفة سلعته ومقدار ربحه[2].

وذكر القرافي[3] أن بيع المرابحة بيع بمضمون العقد الأول وزيادة، حتى إنه لو ورث شيئا أو وهب له، فلا يبيعه مرابحة. في حين أن الحنفية[4] قالوا بأنه في مثل هذه الحالة يقوم الوارث أو الموصى له أو الموهوب له تلك السلعة، ثم يبيعها مرابحة بناء على تلك القيمة.

وإذا كانت المرابحة بين طرفين هما: البائع المالك للسلعة أصلا، والمشتري، فإن هذا البيع يكون جائزا بلا خلاف، كسائر بيوع الأمانة – الوضيعة والتولية. وأما إذا كان عقد المرابحة بين طرف وسيط يملك المال ولكنه لا يملك السلعة ابتداء كالبنك أو أي شخص مالك للمال، وبين الآمر بالشراء؛ وهو ما أطلق عليه الفقهاء المعاصرون(بيع المرابحة للآمر بالشراء)، فهنا وقع الاختلاف بين الفقهاء القدامى والمعاصرين في مشروعية هذا العقد. فهذا العقد وإن كان مستحدثا من حيث مسماه، إلا إنه معروف بمضمونه في كتب الفقهاء القدامى، والتي منها سنشد الرحال، منطلقين في غمار هذا البحث، لنتوصل إلى الحقيقة التي ننشدها بعون الله تعالى.

وقد برزت العديد من القضايا المتعلقة بكيفية انعقاد هذا العقد، ومدى إلزامية الوعد أو الأمر بالشراء لكلا الطرفين، ونحو ذلك، وسنكتفي في بحثنا هذا بدراسة أهم ما يتعلق بموضوع أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد.

ويعرف عقد المرابحة للآمر بالشراء – بالنسبة للمصارف الاسلامية- بأنه:-قيام البنك بتنفيذ طلب المتعاقد معه على أساس شراء الأول ما يطلبه الثاني، وذلك في مقابل التزام الطالب بشراء ما أمر به، وحسب الربح المتفق عليه في الابتداء[5].

وصورة هذا العقد:- أن يتقدم طبيب مثلا، يحتاج إلى شراء أجهزة طبية بمواصفات معينة، لكنه لا يملك ثمنها، فيتقدم بطلب إلى البنك لكي يشتري له هذه الأجهزة، ويَعِدُه بأن يشتريها منه مرابحة (بحسب النسبة التي يتفقان عليها، أو بحسب زيادة معينة على السعر الأصلي)، ومن ثم يقوم بدفع ثمنها إلى البنك بالتقسيط[6].

---

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج2/ ص443. الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص97
(2) الجرجاني، التعريفات، ج1/ ص266
(3) القرافي، الفروق، ج 2/ ص100
(4) االسرخسي، المبسوط، ج13/ ص91
(5) البنك الاسلامي الأردني، عقد التأسيس والنظام الأساسي، ص10
(6) حمود، سامي حسن أحمد، 1982م، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية.ط2، عمان: مطبعة الشرق، ص432

• المطلب الثاني:- مشروعية عقد المرابحة للآمر بالشراء بين الفقهاء القدامى والمعاصرين

قبل البدء ببحث أثر الموت في عقد من العقود المستجدة، سواء أكانت مستجدة من حيث الصورة والمعنى، أم من حيث الصورة(المسمى) فقط، مع وجود مضمونها عند الفقهاء القدامى، لا بد من بيان تكييف ذلك العقد ومشروعيته بين الفقهاء القدامى والمعاصرين؛ وذلك لسببين:-

أولا:- لكي لا يكون بحثنا فيما لا طائل من ورائه؛ وذلك إذا كان العقد غير مشروع عند الفقهاء من أساسه.

ثانيا:- لكي يسهل علينا التوصل إلى أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عنه؛ وذلك بعد التوصل إلى تكييفه الفقهي الصحيح.

من هنا فإنني أود البحث في مشروعية هذا العقد عند الفقهاء، مع كونه عقدا مستجدا من حيث التسمية، ومن حيث بعض جوانب التطبيق، إلا إن مضمونه موجود عند الفقهاء القدامى كما سيأتي بيانه.

تحرير محل النزاع:-

لا خلاف بين الفقهاء من المذاهب الأربعة والفقهاء المعاصرين[1] على أنه إذا طلب أحدهم سلعة معينة من شخص ولم يجدها عنده، ثم انصرف بلا مواعدة على شرائها منه إذا أحضرها، ولا مراوضة على ثمن السلعة والربح عليها، ولا عادة في هذا النوع من التبايع. ثم اشترى ذلك الشخص السلعة، وأخبر السائل عن وجودها عنده، دون إلزامه ابتياعها منه. فهنا يجوز شراؤها منه بما شاء من نقد أو نسيئة.

كما اتفق الفقهاء القدامى والمعاصرون[2] على عدم جواز المواعدة إذا كانت ملزمة للطرفين ابتداء على بيع المرابحة للآمر بالشراء، مع تحديد ثمن السلعة والربح المتفق عليه بين الآمر والمأمور.وأما إذا كان المتواعدان بالخيار قبل أو بعد شراء المأمور للسلعة، ومن ثم تم عقد المرابحة للآمر بالشراء بالتراضي بين الطرفين، فإنه يكون جائزا باتفاق. واشترط الفقهاء لجواز ذلك أن لا يكون المتعاقدان أو أحدهما من أهل العينة[3]؛ بمعنى أن لا يقصد المأمور بهذا التعامل

---

(1) خليل، مختصر خليل، ج1/ ص179. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص236. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص404. ابن عبد البر، الاستذكار، ج6/ ص371. الشافعي، الأم، ج3/ ص40. أبو زيد، بكر بن عبد الله، (1409هـ ـ 1988م)، المرابحة للآمر بالشراء. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 5، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، ج2/ ص983، (وعزاه لبيع المرابحة للأشقر، ص47).

(2) الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن، (ت189هـ) المخارج في الحيل، وفي رواية أخرى لهذا الكتاب للسرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، تصحيح يوسف شخت. بغداد: مكتبة المثنى، 1930هـ، ص37، وفي رواية أخرى لهذا الكتاب للسرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، ص127، 128. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج5/ ص194. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص16. الشافعي، الأم، ج3/ ص40 ابن القيم، إعلام الموقعين، ج4/ ص29

(3) العِيْنَة: بكسر العين، وهو على وزن فِعْلَة، من العون، وسمي أهل العينة كذلك لأن البائع يستعين بالمشتري على تحصيل مقاصده. ونقل عن عياض أنها سميت بذلك؛ لحصول العين -وهو النقد- لبائعها، وعرف ابن عرفة بيع العينة بأنه البيع المتحيل به على دفع عين- أي نقد- في أكثر منها (الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص404).

إقراض المال مع زيادة(الربا المحرم). وكذلك أن لا يكون طالب السلعة(الآمر) إنما طلبها من أجل الانتفاع بثمنها، لا قاصدا لها لذاتها. فإذا كانا من أهل العينة أو كان أحدهما كذلك، فقد حرم الفقهاء هذه الصورة كونها ذريعة إلى الربا؛ وذلك لأن أهل العينة يتهمون بالتوسل للربا في النقدين والسلف بالزيادة، والشاذ اتهام سائر الناس بذلك[1].

قال الشافعي في الأم: [ولا بأس في أن يسلف الرجل فيما ليس عنده أصله، وإذا أرى الرجلُ الرجلَ السلعة، فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا، فاشتراها الرجل فالشراء جائز. والذي قال أربحك فيها بالخيار؛ إن شاء أحدث فيها بيعا، وإن شاء تركه. وهكذا إن قال: اشتر لي متاعا ووصفه له، أو متاعا ــ أي متاع شئت ــ وأنا أربحك فيه. فكل هذا سواء؛ يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار. وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: أبتاعه وأشتريه منك بنقد أو دين؛ يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر، فإن جدداه جاز. وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول، فهو مفسوخ من قبل شيئين:- أحدهما:إنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع، والثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا][2].

ومن هذا النص للشافعي ــ رحمه الله ــ تستفاد العلة في اشتراط كون المواعدة غير ملزمة ابتداء للآمر والمأمور بالشراء (قبل شراء المأمور للسلعة)؛ حيث قال: [وإن تبايعاه على أن ألزما أنفسهما الأمر الأول]؛ وهو ما قبل البيع الأول (أي عقد البيع بين المأمور وبين صاحب السلعة الأصلي)، فهنا تكون المواعدة الملزمة بينهما مفسوخة لأمرين:-

أولا:- لأن إلزام كلا المتعاقدين بهذه المواعدة قبل شراء المأمور للسلعة، إنما هو بيع لما ليس عند الإنسان؛ وقد نهى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عن ذلك حيث قال:-[لا تبع ما ليس عندك][3]؛ ذلك أن المواعدة في المرابحة كالبيع؛ كما ذكر القرافي: [لأن المواطأة قبل الشراء بيع ما ليس عندك المنهي عنه][4]. ومن ثم فينبغي أن تكون هذه المواعدة غير لازمة، كما في المواعدة بين الرجل والمرأة في فترة العدة على الزواج بعد انتهائها؛ فهي مواعدة محرمة، ومن ثم ما يبنى عليها فهو محرم، وقد قاس عليها القرافي المواعدة في بيع الطعام قبل

ويفسر ابن عبد البر تعريف ابن عرفة المتقدم؛ حيث بين بأن العينة: هي بيع ما ليس عندك من قبل أن تبتاعه، سواء أكان طعاما أم غيره، بحيث يتم الاتفاق على ثمن السلعة التي سيشتريها المأمور، وكذلك الربح الذي سيبيع به== ==المأمور السلعة للآمر. وهي ذريعة للتوصل إلى الربا المحرم، وهو زيادة مال بمال....، ذلك أنها تعتبر ذريعة إلى دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل. فكأن السائل قال للمسؤول: أعطني ثمانين درهما مثلا على أن أردها إليك مائة درهم إلى أجل، فيجيبه المسؤول بأن هذا لا يحل لكونه ربا صريحا، ويقدم له البديل عن ذلك القرض بأن يبيعه بدل تلك الدراهم سلعة ليست موجودة عند المطلوب منه ابتداء، ولكنه يشتريها له بعد أن يتم الاتفاق بين المسؤول والسائل على الثمن والربح الذي سيرده السائل إلى المسؤول، وهكذا يكون المأمور (أهل العينة) قاصدا للربح وزيادة ماله من هذا التعامل (ابن عبد البر، الاستذكار، ج6/ ص369، 370)

(1) الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج5/ ص194. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص16

(2) الشافعي، الأم، ج3/ ص40

(3) أخرجه أبو داود في سننه، ج3/ ص283، حديث رقم: 3503. وأخرجه الترمذي في سننه ج3/ ص534، حديث رقم: 1233 بسنده عن حكيم بن حزام قال: نهاني رسول الله – صلى الله عليه وسلم- أن أبيع ما ليس عندي.(قال الترمذي: حديث حسن).وأخرجه النسائي في سننه (المجتبى) ج7/ ص289، حديث رقم: 4613

(4) القرافي، الذخيرة، ج5/ ص17

قبضه، فتكون محرمة كذلك، والمواعدة بين الآمر والمأمور بالشراء ما هي إلا بيع للسلعة قبل قبضها، بل قبل شرائها أساسا[1].

ثانيا:- إن القول بإلزامية المواعدة في هذه المرحلة (قبل شراء المأمور للسلعة)، فيه إدخال للمأمور في مخاطرة أنه إذا اشترى السلعة بكذا، فإن الآمر يربحه فيها كذا، وقد لا يتمكن من الحصول على السلعة بذلك السعر.

وإنما منع بيع السلع التي ليست عند الإنسان على أن تكون حالة، مع تعيين الثمن والربح، سواء أكانت تلك السلع معينة، أم موصوفة في الذمة؛ وذلك لأن البائع لا يدري هل يبيعها مالكها أم لا، ثم هو على مخاطرة تحصيلها بنفس الثمن المتفق عليه أو لا، مع كونه ملزما ببيعها للآمر بالسعر المتفق عليه؛ فقد يحصلها بثمن أعلى فيخسر الزائد، ويؤدي من ماله ما يكمل به الثمن، وهذا من السفه المنهي عنه، أو قد يحصله بثمن أقل، فيكون ما بقي له من أكل أموال الناس بالباطل [2].

كما نص قرار المجمع الفقهي في دورة مؤتمره الخامس المنعقدة بالكويت(1409هـ ــ 1988م) في الفقرة الثالثة من هذا القرار بأن المواعدة (وهي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هنالك خيار فلا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، ويترتب على إلزامها عندئذ بيع الإنسان ما ليس عنده، وهو بيع منهي عنه شرعا.

لكن الفقهاء اختلفوا في مسألة إلزامية الوعد لكل من الآمر والمأمور بالشراء في البيع الثاني؛ فهل يجوز أن يكون الوعد ملزما للطرفين أو لأحدهما بعد أن يشتري المأمور السلعة وتدخل في ملكه ؟

سبب الخلاف:-

يعود سبب الخلاف في هذه المسألة إلى اختلاف الفقهاء في تقسيم عقد المرابحة للآمر بالشراء بشكل عام؛ فالفقهاء القدامى ومن تبعهم من الفقهاء المعاصرين، ذكروا فقط في التقسيم المواعدة(المواطأة) على البيع، ومن ثم عقد بيع المرابحة. بينما قسم الفقهاء المعاصرون هذا العقد إلى مواعدة، ووعد من الطرفين كل على حدة، وعقد بيع المرابحة. ومن ثم فالذين قسموا هذه المعاملة إلى قسمين فقط، لم يقولوا بإلزامية الوعد بعد شراء المأمور للسلعة، لكونهم لم يتطرقوا أساسا لحكم الوعد، فاستصحبوا حكم المواعدة غير الملزمة في هذا التعاقد حتى بعد شراء المأمور للسلعة. بينما الذين قسموا المعاملة إلى ثلاثة أقسام، بنوا رأيهم بإلزام المتواعدين بالعقد بعد شراء المأمور للسلعة، بنوه على أحد الأقوال عند المالكية؛ وهو القول بإلزام المتواعدين بشكل عام بالوعد إذا دخل الموعود بسبب الوعد في كلفة.

---

(1) القرافي، الذخيرة، ج4/ ص195، ج5/ ص138

(2) المالكي، أبو الحسن، كفاية الطالب، ج2/ ص236. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص17

مذاهب الفقهاء القدامى والمعاصرين:-

ذهب الفقهاء من المذاهب الأربعة[1]، وتبعهم في ذلك بعض الفقهاء المعاصرين سواء على المستوى الفردي كالمصري(1988م)[2]، أو على مستوى المؤسسات كبنك فيصل الاسلامي[3]، ذهبوا جميعا إلى القول بأن الوعد في المرابحة للآمر بالشراء لا يكون ملزما في البيع الثاني؛ ويكون الآمر والمأمور بالشراء بالخيار فيه[4].

أما أغلبية الفقهاء المعاصرين[5] فقد ذهبوا إلى القول بأن الآمر يكون ملزما بالوفاء بوعده بعد شراء المأمور للسلعة المطلوبة، كما يلزم المأمور ببيع السلع بعد توفيرها للآمر وفاءً لوعده أيضا.

نصت الفقرة الثالثة من قرار المجمع الفقهي في دورة مؤتمره الخامس المنعقدة بالكويت 1409هـ ــ 1988م؛ على أن الوعد (وهو الذي يصدر من أحد الطرفين –الآمر أو المأمور – على وجه الانفراد) يكون ملزما ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان هذا الوعد معلقا على سبب، ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد. ويتحدد أثر الإلزام هنا إما بتنفيذ الوعد، أو بالتعويض عن الضرر الواقع فعلا بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر.

- أدلة الفقهاء:-

أولا:- أدلة الفقهاء القدامى.

لم يصرح الفقهاء بالعلة في كون المتواعدين بالخيار في البيع الثاني. وحيث إن الفقهاء القدامى لم يقسموا بيع المرابحة للآمر بالشراء في جميع مراحله إلى مواعدة ووعد وعقد ــ بخلاف المعاصرين، وإنما قصروا ذلك على المواعدة ومن ثم عقد بيع المرابحة، فتكون العلة في ذلك الاستصحاب للحكم الأصلي للمواعدة؛ وهو عدم إلزامية المواعدة قبل شراء المأمور للسلع، فكذلك تبقى المواعدة غير ملزمة للطرفين بعد شراء المأمور للسلع المطلوبة أيضا؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان.وحيث إن المواطأة قبل الشراء تأخذ حكم عقد البيع؛ فتكون من باب بيع ما ليس

---

(1) الشيباني، المخارج في الحيل، ص127، 128. خليل، مختصر خليل، ج1/ ص179. العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص236. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص404. ابن عبد البر، الاستذكار، ج6/ ص371. الشافعي، الأم، ج3/ ص40

(2) المصري، رفيق يونس، (1409ه – 1988م). بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الاسلامية. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس، دورة مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الخامس المنعقدة بالكويت،ج2/ ص1169، ص1171

(3) الضرير، الصديق محمد الأمين، (1409ه– 1988م)، مناقشة البحوث المقدمة حول موضوع المرابحة للآمر بالشراء، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي،العدد 5، ج2/ ص1534.

(4) المصري،رفيق يونس، (1409ه – 1988م). بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الاسلامية. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس، دورة مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الخامس المنعقدة بالكويت، ج2/ ص1147

(5) جاء في قرار المجمع الفقهي في دورة مؤتمره الخامس المنعقدة بالكويت 1409ه – 1988م، بأن بيع المرابحة للآمر بالشراء يكون جائزا إذا وقع على سلعة مشروعة بعد دخولها في ملك المأمور وضمانه، وبعد حصول القبض المطلوب شرعا لتلك السلعة. ثم فرق هذا القرار في فقرته الثانية والثالثة بين الوعد والمواعدة في هذه المرابحة.

عند البائع؛ وهو منهي عنه؛ لعدم وجود السلعة عند المواطأة أو المواعدة بين الطرفين ــ الآمر والمأمور بالشراء[1]. وعليه فلا يجوز الإلزام بالوعد لكلا الطرفين حتى بعد شراء السلعة.

وهذا بخلاف ما لو كان الشراء واقعا للآمر ابتداء؛ بمعنى أن السلعة لا تدخل في ملك المأمور بالشراء ولا في ضمانه منذ انعقاد العقد، كما بين ذلك المالكية؛ ففي هذه الحالة يلزم الآمر بأن يأخذ السلعة من المأمور، ولا يملك الآمر رفض تلك السلعة؛ لأن الشراء وقع له أساسا[2].

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء لم يشيروا إلى أنهم بنوا رأيهم في عدم إلزام المتواعدين بالبيع الثاني على ما ذهبوا إليه بالنسبة للوعد بشكل عام؛ حيث ذهب الجمهور من الحنفية، والمالكية في أحد أقوالهم، والشافعية، والحنابلة، ذهبوا جميعا إلى القول بأن الوعد غير ملزم قضاء، وإن كان ملزما ديانة.

ثانيا:- أدلة الفقهاء المعاصرين.

1- خرَّج الفقهاء المعاصرون[3] رأيهم في هذه المسألة على تقسيمهم لهذا العقد إلى مواعدة، ووعد من قبل كل من الطرفين على حدة، وعقد بيع المرابحة.

وبالنسبة للمواعدة، فلا تكون ملزمة قبل شراء المأمور للسلعة المطلوبة؛ للسببين اللذين سبق ذكرهما عند الشافعي، ولا يُبْنَى على أحد أقوال المالكية بإلزام الوعد للواعد إذا دخل الموعود بسبب العدة في شيء؛ لأنه لم يدخل المأمور بسبب العدة في شيء قبل شرائه للسلعة المطلوبة. كما لا يجوز تخريجه على قول ابن شبرمة[4]ــ وهو قول آخر عند المالكية ــ في إلزام الوعد مطلقا[5]؛ وذلك لأن تخريج القول بإلزام المتواعدين بالوعد مطلقا، لا يستقيم مع طبيعة هذه المعاملة؛ حيث ينبغي أن تكون المواعدة فيها غير ملزمة ابتداء، أي قبل شراء المأمور للسلعة، كما بين ذلك الفقهاء.

وبناء على ذلك، يكون الآمر في هذه المرحلة غير ملزم بهذا الشراء قبل تملك البنك للسلعة، كما لا يكون البنك ملزما بالشراء كذلك. وأما إذا دخل الموعود في شيء نتيجة لهذا الوعد، بمعنى أنه إذا اشترى السلعة بالمواصفات المطلوبة، فهنا يكون الوعد ملزما للآمر وللمأمور، لانتفاء المحظورين السابقين؛ فلا تكون من قبيل بيع الإنسان ما لم يملك؛ لأن المأمور ــ البنك أو غيره ــ لا يبيع السلعة للراغب في شرائها حتى يملك هو السلعة وتدخل في ضمانه، ومن ثم يعرضها على المشتري ليتحقق المشتري بنفسه من مطابقتها للمواصفات التي طلبها. كما أنها ليست من ربح ما لم

---

(6) القرافي، الذخيرة، ج5/ ص17
(1) انظر:الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص406،405، 407. ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص371، 372. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص17
(2) السائح، عبد الحميد،أحكام العقود والبيوع، نشرة إعلامية رقم(3)، البنك الاسلامي الأردني، من ص16- 18
(3) هو عبد الله بن شبرمة، ولد سنة اثنتين وتسعين من الهجرة، وتفقه بالشعبي، ومات سنة أربع وأربعين ومائة. قال حماد بن زيد:- ما رأيت كوفيا افقه من ابن شبرمة. وقال سفيان الثوري:- فقهاؤنا ابن أبي ليلى وابن شبرمة. (طبقات الفقهاء، ج1/ ص85).
(4) ابن حزم، المحلى، ج8/ ص28

يضمن؛ لأن السلعة بدخولها في ملك المأمور، فإنه يتحمل تبعة هلاكها على حسابه، وليس على حساب الآمر(1).

وأما بالنسبة لرأيهم بإلزامية الوعد للطرفين بعد شراء المأمور للسلعة، فقد بنوا رأيهم هذا على القول المشهور عند المالكية بإلزامية الوفاء بالوعد إذا ما أدخل الوعد الموعود في سبب ملزم بوعده، كما قال سحنون وابن القاسم؛ كأن يقول له: اشتر سلعة كذا وأنا أسلفك. وبناء على هذا القول، فلا يكون الآمر ملزما بالشراء ما لم يقم المأمور بتنفيذ ما أمر به(2).

2- كما استندوا في رأيهم بإلزامية الوعد إلى مبدأين رئيسين، هما(3):-

أ- الحرص على استقرار المعاملات.

ب-رعاية لمصلحة الطرفين –الآمر والمأمور بالشراء، ورفعا للضرر عنهما قبل وقوعه، عملا بالقاعدة الشرعية: [درء المفسدة أولى من جلب المصلحة]؛ حتى يحمي كلا الطرفين من أي غرر محتمل.

وبيان ذلك أن طبيعة المعاملات التي تقوم بها البنوك في أيامنا هذه مع الأفراد والمؤسسات، مختلفة عن تلك المعاملات التي كانت بين الأفراد والشركات البسيطة في زمن الفقهاء القدامى؛ من حيث حجم الاستثمار عن طريق المرابحة للآمر بالشراء؛ حيث إن تكاليف شراء السلع بطريق المرابحة للآمر بالشراء ضخمة في أيامنا هذه، نظرا للتقدم الهائل في كافة المجالات، بخلاف تكاليف الشراء في أيام الفقهاء القدامى؛ نظرا لبساطة حياتهم وعدم تعقيدها بالمعدات والآلات المختلفة.

من هنا فإن القول بعدم إلزام الآمر بالشراء بأخذ السلع التي طلبها بمواصفات معينة، يؤدي إلى تكبيد المصرف خسائر كبيرة؛ وذلك في حالة نكوص الآمر عن الشراء، إذا لم يتوفر مشتر بديل عنه لتلك السلع، وخاصة إذا كانت تلك السلع غير مطلوبة لدى عامة الناس، كمن يطلب من البنك شراء محرك طائرة مثلا، ونحو ذلك. في حين أن نكوص الآمر عن شراء السلعة التي أمر بشرائها في زمن الفقهاء، لا يكون ضرره متصورا إلى درجة كبيرة؛ نظرا لبساطة تلك السلع في ذلك الوقت مقارنة مع أيامنا، ومن ثم فلا يجد المأمور الذي اشترى السلعة وملكها، لا يجد صعوبة في بيع تلك السلعة لمشتر آخر، وبنفس الثمن الذي كان سيبيع به الآمرَ.

---

(5) السائح، عبد الحميد، أحكام العقود والبيوع، نشرة إعلامية رقم(3)، البنك الاسلامي الأردني، ص16، 17
وهنا أود الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني في المادة 254: [يلزم الوعد صاحبه ما لم يمت أو يفلس]، وإن كان قد أخذ برأي ابن شبرمة في كون الوعد ملزما بشكل عام لصاحبه، إلا أنه ينبغي أن تكون هنالك خصوصية لعقد المرابحة المطبق في البنوك وحتى بين الأفراد، بحيث لا يكون الآمر والمأمور ملزمين ابتداء بهذا الوعد، ما لم يدخل المأمور في شيء بسبب هذا الوعد، وذلك بأن يشتري البنك السلع وفقا للمواصفات المطلوبة، وعندئذ ==
==يمكن إلزام كل من الطرفين بوعده ؛ لكون البنك عندئذ يبيع ما عنده، مع انتفاء المخاطرة في عدم التمكن من تحصيل السلعة بالثمن المتفق عليه، فيلتزم البنك ببيع السلعة التي اشتراها، ويلتزم الآمر بشراء تلك السلع إذا كانت موافقة لطلبه.

(1) القرافي، الذخيرة، ج6/ ص299

(2) http://www.kfh.com/Fatawa/Display.Asp?f=fatw00002.htm الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية –بيت التمويل الكويتي (فتوى 2- البيع بثمن الأجل أكبر من ثمن النقد) ، السائح،، عبد الحميد، الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامي الأردني، نشرة إعلامية رقم(6)، ج2/ ص26

3-وقد ذهب القرضاوي(1987م)[1] إلى تشبيه الخلاف الدائر في موضوع الوعد وإلزامه في بيع المرابحة للآمر بالشراء، بالخلاف الذي جرى بين فقهاء المذهب الحنفي في تكييف وحكم عقد الاستصناع؛ وهو بيع لمعدوم-موصوف في الذمة- وقت العقد، بدون تعجيل رأس المال، فمنهم من ذهب إلى أنه مواعدة، ومن ثم ينعقد بيعا بالتعاطي، ومنهم من ذهب إلى أنه معاقدة. لكن الصحيح من المذهب اعتباره بيعا (معاقدة)، ويكون هذا العقد ملزما لكلا الطرفين عند رؤية المستصنع للمصنوع على رأي أبي يوسف، إذا كان مطابقا للمواصفات. إذ لو لم يكن ملزما، لأدى إلى إتلاف مال الصانع على نفسه ليصل إلى البدل، ولكن بلا مقابل، وهذا غير جائز، كالواعظ الذي استصنع منبرا، فلو كان له الخيار بتركه، فلن يشتريه عامة الناس[2].

المناقشة والترجيح:-

أعتقد أن الفقهاء المعاصرين لم يكونوا مضطرين إلى تقسيم المعاملة إلى وعد ومواعدة وبيع، لتبرير موقفهم من القول بأن الآمر والمأمور بالشراء ملزمان بما اتفقا عليه، وذلك بعد شراء المأمور للسلعة. وإنما يكتفى للقول بإلزامهما عند توفر السلعة عند المأمور، بالاحتجاج بالاستحسان؛ لضرورة استقرار المعاملات، وحماية الطرفين ودفع الضرر عنهما التفاتا إلى فقه الواقع، وتنزيل الأحكام الشرعية على الواقع بما يتلاءم وطبيعة التغير الحاصل فيه بمرور الزمان. كما احتج بذلك الفقيه -أبو يوسف- من الحنفية في جعله حكم الاستصناع عقدا لازما عند رؤية المستصنع للمصنوع، خلافا لأبي حنيفة ومحمد اللذين أعطيا المستصنع خيار الرؤية له. ومن ثم فلم يدخل أبو يوسف في القول بلزوم الوعد أو عدم لزومه، مع العلم بأن الحنفية يقولون بأن الوعد غير ملزم قضاء، وإن كان ملزما ديانة. جاء في المبسوط: [عن أبي يوسف قال إذا جاء به كما وصفه له، فلا خيار للمستصنع استحسانا؛ لدفع الضرر عن الصانع في إفساد أديمه وآلاته، فربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة، فلدفع الضرر عنه قلنا بأنه لا يثبت له الخيار][3].

وبالنسبة لتشبيه القرضاوي هذه المسألة بعقد الاستصناع، فالواقع أن الإلزام عند الحنفية وعلى رأي أبي يوسف، إنما هو بعد رؤية المستصنع للمصنوع. أما قبل ذلك، فلا يكون العقد ملزما لأي من الطرفين؛ ولا يجبر الصانع على العمل؛ لأنه لا يمكنه ذلك إلا بإتلاف عين ماله كقطع الأديم ونحو ذلك، والإجارة تفسخ بالعذر، وكذلك لا يجبر المستصنع على الشراء، فكذا هنا يكون العقد غير لازم لكلا الطرفين [4]. وما أخذت به مجلة الأحكام العدلية ليس حقيقة رأي أبي يوسف، وإنما قد توسعت في رأي أبي يوسف- كما بين ذلك الزرقا(1964م)- بحسب المصلحة الزمانية، حتى جعلت العقد ملزما من حين الانعقاد لكلا المتعاقدين – الصانع والمستصنع[5].

---

(3) القرضاوي، يوسف، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الاسلامية. ط2، مصر: مكتبة وهبة، 1987م، ص80، 81. القرضاوي، يوسف، (1409هـ – 1988م). الوفاء بالوعد، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس، ج2/ ص841، 858، 859

(1) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص116، 117. البابرتي، شرح العناية على الهداية، ج5/ ص356

(2) السرخسي، المبسوط، ج12/ ص139

(3) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص116، 117. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ ص3

(5) الزرقا، مصطفى أحمد،(1964م). المدخل الفقهي العام، ط8، دمشق: مطبعة الحياة، ج1/ ص456 .

وعليه فيكون القياس الأدق–برأيي– على حقيقة رأي أبي يوسف بأن عقد الاستصناع لا يلزم إلا بعد رؤية المستصنع للسلعة، أما قبل ذلك فلا يكون لازما لكلا الطرفين، حتى أنه يجوز للصانع بيعه لغير المستصنع، وذلك قبل أن يراه المستصنع[1]. فكذلك ما نحن بصدد بحثه من كون الآمر لا يكون ملزما بشراء السلعة التي طلبها، إلا بعد أن يتملكها المأمور، ومن ثم يُرِيَهُ إياها، ليتأكد المشتري بنفسه من مطابقتها للمواصفات التي طلبها. وأما قبل ذلك فلا إلزام لكلا الطرفين بعقد بيع المرابحة للآمر بالشراء، كما لا إلزام لكلا الطرفين بعقد الاستصناع قبل رؤية المستصنع للسلعة.

ومن ناحية أخرى، فإنه لا يصح طرد قاعدة الإلزام بالوعد لتعليل توجهات الفقهاء المعاصرين بأخذهم بمذهب إلزام المتواعدين ، حتى لو سلمنا بمذهب الإلزام في الجملة[2]؛ وذلك لأن المالكية أنفسهم الذين بحثوا هذه الصورة من المرابحة، لم يبنوا رأيهم في هذه المسألة على أحد الأقوال عندهم بلزوم الوعد بعد دخول الموعود بسبب الوعد في شيء؛ حيث إنهم لم يقولوا بإلزام المتواعدين على عقد بيع المرابحة حتى بعد شراء المأمور للسلعة، بل تركوا لهما الخيار، وفاقا لجمهور الفقهاء. بخلاف ما لو كان الشراء واقعا ابتداء للآمر، كأن يدخل في ملكيته وضمانه مباشرة، فهنا يكون الآمر ملزما بشرائه لوقوعه له ابتداء[3].

ومن الجدير بالذكر أن الفقهاء القدامى لم يغفلوا النقطتين الرئيستين ــ وهما استقرار المعاملات، وحماية مصالح الطرفين– اللّتين بنى الفقهاء المعاصرون عليهما قولهم بلزوم الوعد بعد شراء المأمور للسلعة في المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء. فمع قولهم بعدم إلزام الطرفين بالمواعدة؛ سواء أكان ذلك قبل شراء المأمور للسلعة، أم بعد شرائه لها، وقبل أن يأخذها الآمر، إلا أنهم وفروا الحماية لكلا الطرفين في هذه المرحلة، على النحو التالي:–

ففي قولهم بعدم إلزام المواعدة حتى بعد شراء المأمور للسلعة؛ حماية لمصلحة الآمر؛ حيث إنه لا يلزمه أخذ السلعة، وخاصة إذا لم تكن موافقة للمواصفات المطلوبة. ولكن الذين قالوا بإلزام الآمر بأخذ السلعة، أعطوا الآمر خيار رؤية السلع قبل أخذها؛ وذلك للتأكد من مطابقتها للمواصفات.

وأما بالنسبة لحماية الطرف الآخر (المأمور)، فقد شرع الحنفية[4] والحنابلة[5]من أجل حمايته من أن يشتري سلعةً، ومن ثم لا يأخذها الآمر، شرعوا لذلك حيلة مباحة؛ كما ذكر ذلك في كتب الحيلة عندهم من أنه إذا أمر رجل آخر أن يشتري له دارا بألف درهم، وأخبره بأنه إذا فعل ذلك، فإنه سيشتريها منه بألف ومائة درهم، ففي هذه الحالة إذا أراد المأمور شراء تلك الدار على السعر

---

(5) السيواسي، شرح فتح القدير، ج7/ ص 117. الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ ص3

(1) المصري، رفيق يونس، (1409ه – 1988م). بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الاسلامية. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس، دورة مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الخامس المنعقدة بالكويت، ج2/ ص1169

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص406، 407. ابن رشد، المقدمات الممهدات، ج1/ ص371، 372. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص17.

(3) الشيباني، محمد بن الحسن، المخارج في الحيل، ص37، وفي رواية أخرى لهذا الكتاب للسرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، ص127، 128

(4) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج4/ ص29

المتفق عليه بينهما، إلا أنه خشي أن يغير الآمر رأيه فلا يبتاعها منه، فالمخرج والحيلة في ذلك هي أن يشترط المأمور على صاحب الدار أن يبيعه إياها بشرط الخيار ثلاثة أيام، ليتمكن المأمور من ردها عليه فيما إذا نكص الآمر عن شراء ذلك المبيع من المأمور. فإذا أخذ الآمر ذلك المبيع من المأمور في هذه المدة، فإنه يسقط خيار المأمور مع صاحب المبيع الأصلي(البائع الأول)؛ إذ إن المشتري يملك التصرف بالمبيع مع وجود الخيار، لكن تصرفه به يعتبر من مبطلات خيار الشرط؛ سواء أكان تصرفه به ببيعه أو هبته وكذا سائر أوجه التصرف؛ لأن تصرف المشتري بالمبيع دليل على إجازته لعقد البيع، ، فيصبح العقد الأول (الشراء من البائع الأصلي) لازما.

وبَيَّنَ الحنفية بأنه لا يبدأ المأمور بعرض السلعة على الآمر بعد شرائها بالخيار من البائع الأول؛ وذلك لأن خياره يسقط بمجرد عرض تلك السلعة للبيع، حتى ولو لم يتم البيع؛ بأن امتنع مثلا الآمر عن شرائها، ولم يقبل إيجاب البائع المعروض عليه، فيكون المأمور قد تضرر بذلك؛ لتورطه بشراء السلعة مع سقوط خياره في إرجاعها لبائعها في حالة نكوص الآمر عن شرائها. وهكذا فإن الاحتياط أن يبدأ الآمر بالإيجاب، ومن ثم يقبل المأمور ويتم العقد بينهما، فإن لم يرغب ذلك الآمر بشراء السلعة، لم يفت حق المأمور برد السلعة لبائعها بشرط الخيار[1].

بينما لم ينص الحنابلة على أن مجرد عرض السلعة مسقط للخيار، بل إنهم قالوا بأنه إذا لم يرض الآمر كذلك أن يشتري السلعة إلا بالخيار، فالحيلة هنا أن يشترط المأمور له خيارا أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع الأول (صاحب الدار أو السلعة)؛ وذلك ليكون للمأمور متسع من الوقت للرد على البائع الأول، في حالة أن الآمر رد السلعة بالخيار على المأمور[2].

وهكذا فالحنابلة يجيزون للمأمور الرد على صاحب السلعة حتى لو رد الآمر السلعة عليه بموجب الخيار الذي اشترطه في بيعه، إذا كان أجل الخيار بين المأمور وصاحب السلعة لم ينقض بعد، وهذا بخلاف الحنفية الذين اعتبروا مجرد عرض السلعة للبيع إسقاطا للخيار.

• المطلب الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المرابحة للآمر بالشراء

يتضمن هذا المطلب البحث في أثر الموت في عقد المرابحة للآمر بالشراء عند الفقهاء القدامى، وكذلك في التطبيقات المعاصرة- في المصارف الاسلامية وأخصصها في البنك الاسلامي الأردني، والبنك العربي الاسلامي في الأردن.

إن بحث أثر الموت في هذا العقد ينبغي أن يجري على ثلاثة مراحل؛ تبعا لمراحل إنشاء هذا العقد، وهي على النحو التالي:-

المرحلة الأولى:- هي مرحلة ما بعد المواعدة بين الآمر والمأمور، وقبل شروع المأمور بشراء السلع المطلوبة.

لم يتعرض الفقهاء القدامى ولا المعاصرون لأثر الموت في هذه المرحلة، وإنما يمكننا تخريج ذلك **فقهيا** على النحو التالي:-

---

(1) الشيباني، نفس المصدر السابق، ص127، 128
(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج4/ ص29

في هذه المرحلة إذا مات الآمر أو المأمور بالشراء، فإن مواعدتهما لا تلزم ورثتهما بموتهما، كما لم تكن لازمة لأحدهما حال حياتهما بناء على رأي الفقهاء القدامى.

وجه هذا القول:- وذلك لأن المواعدة تأخذ حكم العقد؛ كما قال القرافي:- [لأن المواطأة قبل الشراء بيع ما ليس عندك المنهي عنه][1]، وبما أن المواعدة في هذه المرحلة لم تكن ملزمة لأي من المتعاقدين حال حياتهما، فيكون حكمها كحكم العقود الجائزة ــ غير اللازمة، وهذه العقود يخير المتعاقدان في ابتدائها، ولا يخيران بعد انعقادها ولزومها[2]، فكذلك الحال في المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء، فإنها لا تكون لازمة لأحد المتعاقدين في ابتدائها، حيث لم يشرع المأمور في شراء السلعة المطلوبة. ومن ثم فإنها لا تكون لازمة لورثة أحدهما من باب أولى.

وهكذا فإذا مات الآمر بالشراء، خير ورثته بين المضي في إبرام عقد المرابحة بعد أن يشتري المأمور السلعة، أو عدم إبرامه، تماما كما كان مورثهم مخيرا في هذا الأمر.

وإذا مات المأمور بالشراء، فكذلك يخير ورثته بين المضي في شراء السلعة المطلوبة، أو عدم شرائها. وإن اختاروا شراء تلك السلعة، إلا أن الطرف الآخر -الآمر بالشراء- يبقى على الخيار بين إبرام عقد بيع المرابحة معهم بعد تملكهم للسلعة المطلوبة أو لا.

ومن الناحية القانونية، فلا يوجد كذلك تغطية لأثر موت العميل في مراحل إنشاء عقد المرابحة للآمر بالشراء.

وبسؤال الإدارة العامة في دائرة التمويل والاستثمار في البنك الاسلامي الأردني[3] عن أثر الموت في هذه المرحلة، فقد أجبت بأنه لا تترتب أي التزامات على البنك ولا على ورثة العميل (الآمر) إذا مات الآمر في هذه المرحلة؛ حيث إن البنك لم يدخل بعد في أية كلفة بسبب تلك المواعدة.

المرحلة الثانية:- مرحلة ما بعد المواعدة، وبعد تنفيذ البنك أو الشخص المالك للمال لشراء البضاعة المأمور بشرائها ودخولها في ملكه وضمانه، وقبل شراء العميل للبضاعة – أي قبل إبرام عقد بيع المرابحة مع العميل.

وفي هذه الحالة كذلك لم يصرح الفقهاء ببيان أثر موت أحد المتواعدين فيها، كما لم أجد تغطية قانونية لأثر موت العميل في البنك الاسلامي الأردني في هذه المرحلة، مع كونها مسألة ضرورية تمس حقوق كلا الطرفين.

ويمكن تخريج أثر الموت في هذه المرحلة **فقهيا** كما يلي:-

لا خلاف بين الفقهاء القدامى[4] على بقاء المواعدة غير ملزمة للطرفين حتى بعد شراء المأمور للسلعة، بحيث تبقى السلعة في ملك المأمور وضمانه، ويتحمل تبعة هلاكها كما يستحق

---

(3) القرافي، الذخيرة، ج5/ ص17

(4) ابن بدران، المخل إلى مذهب الإمام أحمد، ج1/ ص456، 457

(1) الخطيب، مأمون محمد أحمد، البنك الاسلامي الأردني، دائرة التمويل والاستثمار، 2003، مقابلة شخصية.

(2) سبق بحثه بالتفصيل ص237 من هذه الرسالة.

مغنمها؛ لأن الغرم بالغنم. ومن ثم فإذا مات أحد الطرفين في هذه المرحلة، وقبل شراء الآمر للسلعة من المأمور، فإن هذه المواعدة تبقى غير ملزمة لورثة المتوفى في هذه المرحلة أيضا.

ومن ثم فلا يترتب على أي من الطرفين التزامات تجاه الطرف الآخر، حيث لم يكن المتوفى ملزما بشيء قِبَلَ الآخر حال حياته، فكذا بعد مماته، لا يكون ورثته ملزمين بشيء أيضا. وهنا وإن كان دخل المأمور بسبب المواعدة في شيء، إلا أنه قد دخل وهو على علم بعدم إلزامية هذه المواعدة ابتداء لكلا الطرفين، فيتحمل نتيجة ذلك.

ومن جهة أخرى، فإن المواعدة بحد ذاتها ليست عقد بيع حقيقي، حتى يقال بترتب أثرها على ورثة أي من المتعاقدين، كما يرتب عقد البيع أثره بسبب ثبوت ملك المبيع للمشتري، وثبوت ملك البائع للثمن؛ إذ لو كانت المواعدة بيعا حقيقة، لما كان هنالك داع لعقد بيع المرابحة بعد تملك المأمور للسلعة، ولما لم يكن الأمر كذلك، ولم يثبت لأي من المتعاقدين ملك عوض الآخر، فلا يقال بترتب أي التزامات نتيجة تلك المواعدة على ورثة كل من المتواعدين.

وهنا قد يستفيد المأمور من الحيلة الشرعية التي سبق بيانها، بأن يرد السلعة التي اشتراها بناء على طلب الآمر بموجب ما اشترطه من خيار (خيار الشرط)، وذلك إذا مات الآمر قبل سقوط الخيار، فيردها على بائعها الأصلي.

وأما **بالنسبة للمصارف الاسلامية في الأردن**، والتي تحكم بلزوم المواعدة للطرفين بعد شراء المأمور للسلعة بالمواصفات المطلوبة[1]. فإذا مات العميل في هذه المرحلة، فهل يقال بإلزام الورثة بالوفاء بوعد مورثهم الملزم، أم لا ؟!

وبسؤال المستشار القانوني للبنك العربي الاسلامي الدولي عن إمكانية قيام البنك بإلزام ورثة الآمر بالشراء بإنفاذ العقد بعد أن تملك البنك السلعة، وقبل أن يتم توقيع الآمر بالشراء عقد البيع وكمبيالات المرابحة بسبب وفاته، فقد أجاب بما يلي:-

[1- إن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر عن أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

2- إن إقرار المشتري -الآمر بالشراء- في المادة (2) من طلب الشراء، وقيام البنك بالشراء للبضاعة، هو إيجاب وقبول، إلا أن القبول ووفقا للمادة (3) من طلب الشراء مرتبط بإتمام توقيع عقد البيع الملحق، باعتباره جزءا لا يتجزأ من طلب الشراء.

3- إن المادة (206) من القانون المدني الأردني نصت على انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث.

وعليه فإنني أرى ما يلي:-

أ- إن توقيع طلب الشراء من المشتري (الآمر بالشراء) هو مرحلة أولى لإتمام التعاقد التي لا تتم إلا بتوقيع العقود واستلام البضاعة من قِبَل الآمر بالشراء، والوفاة أدت إلى وقف إتمام عملية البيع.

---

(1) السائح،، عبد الحميد، الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامي الأردني، نشرة إعلامية رقم(6)، ج2/ ص26

ب- إن إلزام الورثة بإنفاذ العقد أو مطالبة التركة، يتوقف على قبول الورثة بإتمام عملية الشراء التي قام بها مورثهم، وبعكس ذلك لا يوجد قانونا ما يلزم الورثة أو التركة بإتمام الشراء؛ لعدم إتمام عملية الشراء أو دخول البضاعة في ذمة المورث حتى تصبح دينا مستحقا على التركة لمطالبتها بالسداد، وعلى أساس أن لا تركة قبل سداد الدين][1].

وفي حالة اختيار الورثة لإنفاذ العقد، فإنه يترتب عليهم بموجب عقد بيع المرابحة كافة الالتزامات التي كانت ستترتب على مورثهم فيما لو بقي حيا، من تسليم لثمن المبيع، وقبض للمبيع، ونحو ذلك. وأما إذا لم يختاروا ذلك، فلا تترتب عليهم أي التزامات نتيجة شراء المأمور(البنك) السلعة بموجب طلب الشراء الذي وقع عليه مورثهم، لكنه لم يتم التعاقد بتوقيع عقد بيع المرابحة؛ ومن ثم فلم يدخل ذلك المبيع في ملك المورث، حتى يصبح دينا عليه ويلزم تأديته من تركته.

كما لا يمكن إلزام الورثة بأي تعويض في هذه الحالة، نتيجة لدخول البنك في كلفة شراء المبيع المطلوب؛ لأن التعويض مقيد بحالة عدم الوفاء لغير عذر، أمَا وقد وجد العذر الذي سبب تخلف الوفاء، وهو الموت، فلا تعويض.

أما المرحلة الثالثة لإنشاء هذا العقد:- وهي مرحلة ما بعد شراء الآمر للبضاعة من المأمور بموجب عقد بيع المرابحة للآمر بالشراء.

وفي هذه المرحلة قد يتم دفع الثمن كاملا(وتعرف بعمليات المرابحة للآمر بالشراء النقدية)، أو قد يقسط على أقساط معينة، أو قد يؤجل إلى أجل معين(وتسمى عمليات المرابحة المحلية لأجل)[2].

وأما عن أثر الموت عند **الفقهاء** القدامى في هذه الحالة، فيرجع فيه إلى أثر موت المدين قبل سداد دينه الناشئ عن عقد البيع اللازم. وينظر في طريقة التزامه بالسداد ابتداء؛ فإذا كان التزامه بأداء المبلغ حالا، فإنه لا خلاف بأنه إذا مات قبل سداد الثمن كاملا، فإن المبلغ يستحق مباشرة من تركته.

وأما إذا كان التزامه بأداء الدين مؤجلا أو مقسطا، فهنا نعود إلى الخلاف في مسألة حلول الدين المؤجل بموت المدين أو عدم حلوله؛ وقد ترجح لدينا فيها قولان: إما القول بحلول الدين المؤجل بموت المدين، مع الأخذ برأي متأخري فقهاء الحنفية بإسقاط جزء من الربح المقابل للأجل الساقط بموت المدين. وإما القول ببقاء الدين بكامله إلى أجله. ومن ثم يصار إلى الموازنة بين هذين الرأيين في كل حالة على حدة، بحسب حالة الشخص المتوفى من عسرة أو ملاءة[3].

---

(1) المستشار القانوني للبنك العربي الاسلامي الدولي
(1) ارشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلامية، ص82، 83
(2) انظر: ص32-48 من هذه الرسالة.

وقد ألحق متأخرو الحنفية المرابحة للآمر بالشراء بالمرابحة البسيطة فيما إذا مات المدين قبل حلول أجل الدين، ومن ثم فلا يستحق الدائن قيمة الدين كاملا إذا ذكر الأجل بمقابلة زيادة الثمن، وعليه فيستحق الدائن قيمة الدين الأصلية مضافا إليها الربح عن ما مضى من الأيام قبل وفاة المدين فقط؛ حيث جاء في قول ابن عابدين:-[أقول:والظاهر أن مثله ما لو أقرضه وباعه سلعة بثمن معلوم وأجَّل ذلك، فيحسب له من ثمن السلعة بقدر ما مضى فقط][1].

وجه الاستدلال: ذكر ابن عابدين هنا كون البائع ليس مجرد بائع للسلعة إلى أجل (بيع أجل) بثمن أعلى، بل إنه قد أقرضه ابتداء بأن اشترى له هذه السلعة، ثم باعه إياها مرابحة إلى أجل، وهذه هي المرابحة المركبة ــ المرابحة للآمر بالشراء ــ المطبقة في عصرنا الحاضر، فينبغي تطبيق هذا الحكم عليها، والله تعالى أعلم.

أما عن أثر الموت المطبق فعليا في المصارف الاسلامية في الأردن:-

فإنه وبسؤال الإدارة العامة في دائرة التمويل والاستثمار في البنك الاسلامي الأردني[2] عن الإجراءات المتبعة عقب وفاة العميل قبل سداد كامل أو باقي أقساط دينه لقاء تملكه المبيع بموجب عقد المرابحة مع البنك:-

فقد أُجِيْت بأنه يحل دين العميل بموته، ولا يسقط التزامه بدفع كامل المبلغ المتبقي عليه من المتفق عليه في عقد المرابحة، ولا يخصم نسبة منه مقابل سقوط الأجل ــ خلافا لما ذهب إليه متأخرو الحنفية.

ولضمان سداد هذا الدين بكامله، فإنه يجري ابتداء إلزام المتعاقد مع البنك ــ المدين ــ بالاشتراك في صندوق التأمين التعاوني[3] التابع للبنك، إذا تحقق فيه الشرطان التاليان:-

---

(3) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج6/ ص757

(1) الخطيب، مأمون محمد أحمد، البنك الاسلامي الأردني، دائرة التمويل والاستثمار، 2003، مقابلة شخصية.

(2) تنظم هذه العملية- التأمين التعاوني في البنك الاسلامي الأردني - عن طريق فتح حساب يخصص رصيده لتغطية الديون التي تهلك على المُؤَمِّنين لأسباب معينة، حددها البنك الاسلامي الأردني بحالتي الوفاة والعجز الكلي كما أسلفت، ويعتمد هذا الحساب في تغذيته على أساس اقتطاع رسم نسبي من كل قرض؛ ويحسب بنسبة 65/ 1000 من قيمة القرض في السنة الأولى، وفي السنة الثانية يصبح 65/1000 + 65/1000 = 13 %، وهكذا في كل سنة تجمع نسبة 65/1000 إلى ما قبلها. "(مقابلة شخصية مع المسؤول عن صندوق التأمين التعاوني في البنك الاسلامي الأردني).

وقد أشار حمود(1982م) إلى وجوب تقييد هذا الرسم بضوابط تجعله غير مشتبه بالفوائد في المصارف الربوية؛ وذلك بأن لا يقيد الرسم مع مدة القرض مهما اختلفت المدة؛ لأن الخطر المقصود معالجته لا يختلف بحسب كون القرض محددا لسنة أو سنتين أو أكثر أو أقل. كما أنه يجب أن يكون هناك حرص تام على عدم إدخال أي جزء من حساب التأمين التعاوني في حساب الإيرادات الربحية للمصرف؛ وذلك حتى لا يتخذ هذا التأمين ذريعة للكسب الربوي المتستر تحت اسم التأمين التعاوني للديون. ويوصى بأن يكون هذا الحساب خاضعا للمراقبة من قبل لجنة مختارة من المقترضين المُؤَمِّنين، لمراقبة ما له وما عليه(حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية، ص346).

والتأمين التعاوني بشكل عام أجازه الفقهاء؛ جاء في قرارات مجمع البحوث الاسلامية، (التأمين الذي تقوم به جمعيات تعاونية يشترك فيها جميع المستأمنين لتؤدي لأعضائها ما يحتاجون إليه من معونات وخدمات أمر مشروع، وهو من التعاون على البر) (مجلة مجمع البحوث الاسلامية، المؤتمر السنوي الثاني (1385ه - 1965 م)، ص401).

كما صوره الأستاذ محمد أبو زهرة بأنه اتفاق جماعة على تكوين رأس مال، يساهمون فيه ويستغلونه استغلالا غير مخالف لأوامر الشرع الاسلامي على أن يعينوا أسرة من يموت منهم بمال يعطونه لهم، أو يسددون دين من بذمته

أولا:- أن لا يزيد المبلغ المترتب عليه جراء عقد المرابحة أو أي تمويل آخر من البنك عن خمسة وعشرين ألف دينار.

ثانيا:- أن لا يزيد عمر المؤمن عن خمسين سنة.

وهذا التأمين يغطي سداد كامل الأقساط المتبقية على المدينين في حالتين، وهما:- العجز التام حال الحياة؛ كأن يصاب المدين بالشلل الكلي، وفي حالة الوفاة.

وهكذا فإن صندوق التأمين التعاوني يسدد الأقساط المتبقية على المؤمن من ثمن السلعة المبيعة بالمرابحة إذا مات المدين قبل سدادها، بغض النظر عن كون المدين مات مليئا أو مفلسا؛ فمع اشتراكه بهذا التأمين لا ينظر إلى أموال تركته؛ حيث إن تطبيق التأمين التعاوني هنا مبني على المنفعة المتبادلة لتحقيق هدف مشترك بين مجموعة المقترضين بشكل تنظيمي، وليس على طريق معالجة كل حالة على حدة، ومن ثم فإن صاحب القرض قد يستفيد منه يوما، كما يكون متبرعا بما يدفعه لغيره، كما أن غيره متبرع له بالفرق[1].

وأما إذا لم يكن المدين مشتركا في صندوق التأمين التعاوني لدى البنك؛ لعدم توفر شرطي التأمين السابقين في حقه، ففي حالة موت هذا العميل، توقف أرصدة العميل المودعة لدى البنك، ومن ثم يستوفي دينه من تلك الأرصدة ومن تركة الميت ابتداء؛ حيث إن دين البنك هنا مقدم على ما سواه من الديون لكونه يتعلق بعين معينة مرهونة؛ إما نفس العين المبيعة أو غيرها من المرهونات التي رهنها البنك ابتداء كضمانات لحقه. فإن لم تف التركة بالمبلغ، فإنه يصار إلى إحدى الضمانات الأخرى التي كان البنك قد أخذها من العميل عند إبرام عقد المرابحة معه حال حياته. وهنالك نوعان من الضمانات[2]:-

1- ضمانات شخصية بتقديم كفيل مليء أو أكثر؛ ويفضل البنك الاسلامي الأردني أن يكون الكفلاء ممن تحول رواتبهم إلى أرصدتهم في البنك الاسلامي نفسه.

2- ضمانات عينية في صورة رهن عقاري أو تجاري، كما وترهن العين المعقود عليها في بيع المرابحة.

مغارم مالية، أو يعالجون مرضاهم، أو ينشئون مساكن لسكناهم، أو يدفعون ثمن البضائع التي تهلك لبعضهم نتيجة الحوادث أو نحو ذلك (المصري، عبد السميع، التأمين الاسلامي بين النظرية والتطبيق، ص72).
وهذه الطريقة في سداد دين الميت- أعني التأمين التعاوني - لها أصل عند الفقهاء؛ حيث نصوا على جواز التبرع بسداد دين الميت؛ والتأمين التعاوني مبني أساسا على التبرع بين المُؤَمِّنين لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل والتضامن، وليس على أساس المعاوضة، وإن كان المؤمنون فيه يدفعون مبلغا معينا من المال، إلا أن هذا التبرع بسداد دين الميت مثلا يكون ملزما للمؤَمِّنين بموجب عقد التأمين التعاوني.
ومن ثم فيكون التخريج الفقهي لتبادل الالتزام بالتبرع في عقد التأمين التعاوني مبني على قاعدة التزام التبرعات أو التزام المعروف عند المالكية، حيث إن هذا الالتزام من قبل المتبرع يلزمه، كما لو التزم الصدقة أو الهبة أو الحبس (الوقف)إذا كانت بغير يمين ولو لشخص معين أو جهة معينة، حتى إنه يقضى بها عندهم (حاشية العدوي، ج2/ ص40، ملحم، أحمد سالم، التأمين التعاوني الاسلامي وتطبيقاته في شركات التأمين الاسلامية (الأردن). ط1، عمان: المكتبة الوطنية، 1420هـ ــ 2000م، ص72، 78 ، 90). وهو ليس من قبيل كفالة دين الميت المفلس أو المليء؛ لعدم رجوع صندوق التأمين على تركة الميت بما سدده عنه من ديون.

(1) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص345

(2) شلبي، اسماعيل عبد الرحيم، (1409ه- 1988م)، الجوانب القانونية لتطبيق عقد المرابحة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الخامسة، عدد 5، ج2/ ص1417.

المبحث الرابع:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد العمل

• المطلب الأول:- تعريف عقد العمل وأقسامه وخصائصه

عرف القانون المدني الأردني عقد العمل في المادة 805 بأنه:عقد يلتزم أحد طرفيه بأن يقوم بعمل لمصلحة الآخر تحت إشرافه أو إدارته لقاء أجر[1].

كما عرفته المادة 12/2 من قانون العمل الأردني الجديد رقم 8 لسنة 1996م: بأنه اتفاق شفهي أو كتابي صريح أو ضمني يتعهد العامل بمقتضاه أن يعمل لدى صاحب العمل وتحت إشرافه أو إدارته مقابل أجر، ويكون عقد العمل لمدة محدودة أو غير محدودة، أو لعمل معين أو غير معين[2].

- **أقسام عقد العمل[3]:-**

1- عقد العمل الفردي:- هو العقد الذي يبرم بين عامل واحد مع صاحب عمل واحد.

2- عقد العمل الجماعي:- وهو العقد الذي يبرم بين صاحب العمل أو جمعية تمثل أصحاب العمل من جهة، ومجموعة عمال أو النقابة التي تمثلهم من جهة أخرى.

- **أهم خصائص عقد العمل[4]:-**

1- عقد العمل من عقود المعاوضات اللازمة للطرفين.

2- يعد من عقود المدة؛ أي أن الزمن يعتبر مقياسا للعمل، وإن كان المقياس في بعض عقود العمل هو تحقيق نتيجة معينة بصرف النظر عن المدة اللازمة لذلك العمل.

3- وأهم ما يميز عقد العمل هو تبعية العامل في هذا العقد لصاحب العمل؛ حيث إنه يلزم بالائتمار بأوامره في كل ما لا يعرضه للخطر، ولا يخالف القانون والآداب. وهذا بخلاف عقد المقاولة؛ إذ يتميز المقاول باستقلاليته عن رب العمل، في تنفيذ وإدارة العمل، وسيأتي بيانه لاحقا.

• المطلب الثاني:- الالتزامات الناشئة عن عقد العمل

أما أهم الالتزامات الناشئة عن عقد العمل بشكل عام، فهي[5]:-

أولا:- التزامات العامل.

1- يلتزم العامل بتأدية العمل المتفق عليه بينه وبين صاحب العمل، وهذا هو الالتزام الرئيس الموكول به إليه. وأما باقي الالتزامات المنصوص عليها، فهي متفرعة عن هذا الالتزام وتابعة له، ومن أهمها أن يقوم العامل بالعمل بنفسه. وأن يكون متفرغا لعمله، وأن لا يشتغل مدة العقد لدى صاحب عمل آخر؛ وإلا كان لصاحب العمل الأول فسخ العقد أو إنقاص أجره بقدر تقصير العامل في عمله عنده.

---

(1) المذكرات الإيضاحية، ج2/ ص588، مادة رقم:805

(2) أبو شنب، أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الجديد الأردني، ص90

(3) أبو شنب، أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الجديد الأردني، ص90

(4) أبو شنب، أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الجديد الأردني، ص90. المذكرات الإيضاحية، ج2/ ص589، 591. قرة، فتيحة محمود، أحكام عقد المقاولة دراسة فقهية قضائية، (1987م)،الاسكندرية: منشأة المعارف، ص30

(5) أبو شنب، أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الجديد الأردني، ص145- 189

ثانيا:- الالتزامات المترتبة على رب العمل:-

إن بعض هذه الالتزامات خاضع لأحكام عقد العمل المبرم بين المتعاقدين، وبعضها يرتبها القانون على رب العمل، وذلك مراعاة لحقوق العاملين؛ سواء أكانوا ذكرانا أم إناثا، ومن أهمها:-

أ- التزام صاحب العمل بأداء الأجر.

ب-التزامه بإعطاء العامل حقه من الإجازات التي يقررها القانون لمصلحته؛ كالإجازة السنوية، وإجازة الأمومة، والإجازة المرضية، وغيرها.

ت-التزامه تجاه العامل بالتعويض في حالة إصابة العامل بإصابة عمل أو مرض مهني.

ث-التزامه عند نهاية عقد العمل بدفع مكافأة نهاية الخدمة[1] إذا لم يكن العامل خاضعا للضمان الاجتماعي، وبإعطائه شهادة تثبت خدمته عنده ونحو ذلك من الإجراءات التي تضمن للعامل حقوقه.

- **المطلب الثالث:-أثر موت أحد المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عن عقد العمل**

أولا: موت العامل.

نص قانون العمل الأردني في المادة (21/ فقرة ج)، وكذلك القانون المدني الأردني في المادة 830، على انتهاء عقد العمل بوفاة العامل.

جاء في المادة21 من قانون العمل: [ينتهي عقد العمل في أي من الحالات التالية: ج- إذا توفي العامل، أو أقعده مرض أو عجز عن العمل وثبت ذلك بتقرير طبي صادر عن المرجع الطبي].

ومن ثم فلا تنتقل أي من التزامات هذا العامل إلى ورثته، ولا يلتزم ورثته بالعمل لحساب رب العمل، كمالا يلتزم كذلك رب العمل بتشغيل أحد ورثته مكانه بموجب ذلك العقد؛ والعلة في ذلك هي أن حق العمل لا يورث، بالإضافة إلى أن شخصية العامل معتبرة في هذا العقد منذ اختيار

---

(1) وتقدر مكافأة نهاية الخدمة كما جاء ذلك في نص المادة 32 من قانون العمل الجديد، بمعدل أجر شهر عن كل سنة خدمة فعلية لدى صاحب العمل، ويعطى عن كسور السنة مكافأة نسبية، ويعتمد في حساب ذلك على الأجر الأخير الذي تقاضاه العامل قبل انتهاء عقده، وأما العمال الذين يتقاضون أجورا غير ثابتة، وإنما تعتمد أجورهم على أساس العمولة (الكومسيون) أو بالقطعة ونحو ذلك، فهنا تحسب مكافأتهم على أساس المتوسط الشهري لما تقاضاه العامل فعليا على مدار آخر سنة من خدمته لرب العمل، أو المتوسط الشهري لمجموع خدمته إذا كانت خدمته أقل من سنة. وتعتبر الفواصل التي تقع بين عمل وآخر ولا تزيد على شهر كأنها مدة استخدام متصلة عند حساب المكافأة. ويشترط لاستحقاق هذه المكافأة شروط منها:-

أ- عدم خضوع العامل للضمان الاجتماعي، وهذا الشرط قد قلل أهمية هذه المكافأة؛ بسبب انتقال مسؤولية صاحب العمل عنها إلى مؤسسة الضمان الاجتماعي.

ب- أن يكون عقد العمل المبرم مع رب العمل غير محدود المدة، وإلا فلا يستحق العامل تلك المكافأة.

ت- أن ينتهي عقد العمل لأي سبب سواء أكان ذلك بسبب الوفاة أم بسبب الفصل من العمل أم الاستقالة. وهنا يختلف هذا القانون الجديد عن سابقه بأن سابقه كان يحرم العامل من المكافأة إذا كان سبب انتهاء خدمته هو الفصل.

ث- كما لم يشترط هذا القانون الجديد مدة معينة من العمل لاستحقاق هذه المكافأة بخلاف القانون القديم.

انظر: (أبو شنب، أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الجديد الأردني، ص218).

رب العمل لهذا العامل بناء على مؤهلاته وكفاءته، فلا يقوم ورثته مقامه بعد موته فيما التزمه من العمل حال حياته.

ولكن ينبغي هنا الإشارة إلى أن حقوق العامل في هذه الحالة لا تسقط عما مضى من مدة العمل، ومن ثم فيستحق ورثته ما ثبت له من حقوق؛ كأجرته مقابل عمله، وكذلك مكافأة نهاية الخدمة[1] إذا لم يكن مورثهم خاضعا للضمان الاجتماعي، وإلا فلا مكافأة له.

وفي حالة كون الوفاة ناشئة عن إصابة عمل، أو مرض مهني، فإن ورثته في هذه الحالة لا يستحقون المكافأة، وإنما يستحقون التعويض المقرر في القانون[2].

ومن الجدير بالذكر أن الأثر المترتب على موت العامل هو ذاته الأثر المترتب على موت الأجير الخاص؛ حيث إن التكييف الفقهي لعقد العمل هو عقد الإجارة مع الأجير الخاص، من هنا فقد راعى القانون المدني الأردني ما جاء في كتب الفقهاء عند تشريعه لأحكام هذا العقد[3].

ومن ضمن هذه الأحكام انفساخ الإجارة بموت الأجير الخاص المعين باتفاق الفقهاء جميعا؛ وذلك لفوات المعقود عليه، وهو منفعة ذلك الأجير بعينه. ومن ثم يستحق العامل أجرة عمله عن المدة السابقة لموته بتسليمه نفسه لرب العمل.

ثانيا: موت رب العمل.

جاء في المادة 22 من قانون العمل الأردني: [لا ينتهي عقد العمل بسبب وفاة صاحب العمل، إلا إذا روعي في العقد شخصية صاحب العمل].

نصت المادة السابقة على عدم انفساخ العقد بموت صاحب العمل، إلا إذا كانت شخصيته معتبرة في التعاقد؛ مثل أن يكون رب العمل طبيبا، ويعمل لديه في عيادته الخاصة ممرض، ومن ثم فإذا مات هذا الطبيب ولم يكن بين ورثته أطباء، انفسخ عقد العمل بينه وبين الممرض بموت هذا الطبيب.

ويعتبر هذا استثناء من الأصل الذي يقضي بانتقال عقد العمل إلى المالك الجديد في حالة تغير صاحب العمل لسبب من الأسباب، ومن ضمنها انتقاله بطريق الإرث؛ كما نصت عليه المادة 16 من قانون العمل الأردني:- [يبقى عقد العمل معمولا به، بغض النظر عن تغيير صاحب العمل بسبب بيع المشروع، أو انتقاله بطريق الإرث، أو دمج المؤسسة أو لأي سبب آخر. ويظل صاحب

---

(1) كرم، عبد الواحد، قانون العمل في القانون الأردني، ص197. أبو شنب، أحمد عبد الكريم، شرح قانون العمل الأردني الجديد، ص219

(2) الظاهر، محمد عبد الله، مكافأة الخدمة بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي، ص44

(3) المذكرات الإيضاحية، ج2/ ص589، 591

العمل الأصلي والجديد مسؤولين بالتضامن مدة ستة أشهر عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن عقد العمل مستحقة الأداء قبل تاريخ التغيير. وأما بعد انقضاء تلك المدة، فيتحمل صاحب العمل الجديد المسؤولية وحده].

وبناء على ما سبق، فإنه إذا مات رب العمل، انتقلت التزاماته تجاه العامل إلى ورثته، فيكونون مسؤولين عن مدة العمل السابقة واللاحقة لموته؛ لعدم انفساخ عقد العمل بمجرد موت رب العمل. إلا في حالة ما إذا كانت شخصية رب العمل معتبرة في عقد العمل، فينفسخ عقد العمل عندئذ بموت رب العمل بقوة القانون.

وعلى القول بانفساخ عقد العمل في هذه الحالة، فإن الالتزامات المترتبة على رب العمل مقابل المدة التي عمل فيها العامل قبل وفاته، لا تسقط بوفاة رب العمل، وإنما توفى هذه الالتزامات من تركة رب العمل. وتتمثل هذه الالتزامات بدفع الأجرة عن تلك المدة، وكذلك يدفعون ما يستحقه العامل من مكافأة نهاية الخدمة إذا لم يكن ذلك العامل خاضعا للضمان الاجتماعي، وإلا فلا يستحق تلك المكافأة.

وأما عن المدة اللاحقة لوفاته، فلا مسؤولية مترتبة عنها على هؤلاء الورثة تجاه العامل؛ وذلك لانفساخ عقد العمل بموته في هذه الحالة، فإذا ما أراد أحد الطرفين استمرارية العامل في عمله، فهنا لا بد من إبرام عقد عمل جديد معه.

وهنا أخذ القانون المدني الأردني برأي الجمهور ـــ عدا الحنفية ـــ الذين يقولون بعدم انفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين، إلا إذا كان المتوفى هو الأجير الخاص، وقد سبق بيان ذلك. أما إذا كان المتوفى هو المستأجر، فلا ينفسخ عقد الإجارة بموته، خلافا للحنفية الذين قالوا بانفساخ عقد الإجارة بموت أحد المتعاقدين إذا كان معقودا لهما، والمستأجر هنا هو معقود له، فينفسخ العقد بموته.

المبحث الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة

• المطلب الأول:- تعريف عقد المقاولة

عرف القانون المدني الأردني عقد المقاولة في المادة رقم 780 بأنه:-[عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر][1].

يلاحظ من هذا التعريف تشابه عقد المقاولة مع عدد من العقود؛ ولذلك فقد اجتمعت فيه أحكام تلك العقود في جوانب مختلفة، كما أشارت إلى ذلك المذكرات الإيضاحية في شرح القانون المدني الأردني، وقد استمد هذا القانون أحكام عقد المقاولة من الفقه الاسلامي، وبخاصة من أحكام عقد الاستصناع، وكذلك أحكام التعاقد مع الأجير المشترك، مع الموازنة بين تلك الأحكام مع مستجدات هذا العصر[2].

وقد انتقد أبو البصل(1999م) تعريف عقد المقاولة في القانون المدني الأردني وكذلك القوانين العربية والأجنبية؛ لكونه غير مانع من دخول عقد العمل فيه، مع أن المقاولة لا يدخل فيها عقد العمل، لذا فقد اقترح إضافة قيد (إدارة المقاول بنفسه) على هذا التعريف، ليصبح تعريف المقاولة كالآتي: "هو عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا بإدارته، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[3].

• المطلب الثاني:- خصائص عقد المقاولة

وأما أهم خصائص هذا العقد:-

1- فهو من عقود المعاوضات اللازمة للطرفين، بحيث لا يستطيع أحد من طرفيه فسخه بإرادته المنفردة، وهو ما ذهبت إليه المادة 800 من القانون المدني الأردني، خلافا لغيره من القوانين المدنية في البلدان العربية[4].

2- يعتبر من العقود الواردة على العمل[5]؛ وبناء عليه فإن التعاقد على بيع السلع المصنعة الجاهزة لا تندرج ضمن عقد المقاولة، وإنما تندرج تحت أحكام عقد البيع. فإذا كان المراد من المقاول صنع شيء معين، فلا يجوز له أن يأتي إلا بما اتفق على عمله بموجب عقد المقاولة. وإن كانوا قد أجازوا المقاولة من الباطن؛ وذلك بأن يعهد المقاول الأول إلى مقاول آخر بذلك العمل الذي تعاقد مع صاحب العمل عليه، إلا أن يشترط في العقد عدم جواز ذلك، أو أن يشترط عمل شخص المقاول بعينه[6].

---

(1) المذكرات الإيضاحية، ج2/ ص582

(2) المذكرات الإيضاحية، ج2/ ص582

(3) أبو البصل، عبدالناصر، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي، ص17، 18

(4) انظر: قرة، فتيحة، أحكام عقد المقاولة، ص19. السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني المصري.القاهرة: مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1960م، ج7/ ص240، 241. المومني، أحمد سعيد، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة، ص 164، 211، 218، 225، 234

(5) قرة، فتيحة، أحكام عقد المقاولة، ص20، 21

(6) المومني، أحمد سعيد، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ص49، 187 - 193

3- كذلك فإن أهم ما يميز هذا العقد هو الاستقلالية التي يتمتع بها المقاول إزاء صاحب العمل؛ فلا تكون هنالك ثمة تبعية فنية أو إدارية أو تنظيمية لصاحب العمل، ما دام أن المقاول قائم بالعمل وفق ما اتفق عليه من شروط في ذلك العقد ابتداء. وبهذه الخاصية يتميز عقد المقاولة عن عقد العمل (الأجير المعين)؛ لأن هذا الأخير يتميز بالتبعية المطلقة لصاحب العمل[1].

- **المطلب الثالث:- الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة**

أولا:التزامات صاحب العمل[2].

1- الالتزام بتمكين المقاول من إنجاز العمل، وبكل ما يقتضيه تنفيذ العمل كتقديم المواد اللازمة للعمل إذا كان من شروط العقد تقديم المواد من قبل صاحب العمل، وبالمقابل الامتناع عن القيام بما من شأنه إعاقة تنفيذه أو التأثير فيه سلباً.

2- الالتزام بتسلم العمل منجزا.

3- الالتزام بدفع البدل[3] المتفق عليه ابتداء في التعاقد.

أما التزامات المقاول فهي[4]:-

1- التزامه بتهيئة المواد اللازمة للعمل إذا كان من شروط العمل قيامه بتقديم المواد أيضا، على أن تكون تلك المواد طبقا للشروط المتفق عليها في العقد، فإذا كانت المواد مقدمة من قبل صاحب العمل وجب على المقاول المحافظة عليها واستخدامها وفق الأصول الفنية، فإذا بقي شيء منها ردها على صاحبها، وإذا تلفت تكون في ضمان المقاول.

2- تنفيذ العمل وفق شروط العقد وأصول العمل وضمن المدة الزمنية المشروطة لذلك.

3- الالتزام بالتسليم لنتيجة العمل.

4- الالتزام بضمان الأضرار الناشئة عن التنفيذ، والالتزام بضمان الصيانة[5].

---

(1) قرة، فتيحة، أحكام عقد المقاولة، ص51. المومني، أحمد سعيد، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ص59، 62، 63. أبو البصل، علي أحمد، عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني، ص41

(2) المذكرات الإيضاحية، مواد رقم 792-797، ج2/ ص585، 586. المومني، التزامات صاحب العمل، ص15-149

(3) كلمة البدل هنا أنسب من كلمة الأجر؛ لأنها تشتمل على الأجر المقابل للعمل، كما تشمل الثمن والتكاليف التي ينفقها المقاول في مقابل تحصيل المواد اللازمة للعمل إذا لم يقدمها صاحب العمل من عنده، أو أنه قدم جزءا منها، وحصل نقص فيها بحيث يجوز للمقاول عندئذ سد ذلك النقص بشراء تلك المواد أو تقديمها من عنده، ليعود بثمنها على صاحب العمل، فتكون داخلة ضمن البدل.

(4) المذكرات الإيضاحية، مواد رقم 783 -791، ج2/ ص584 - 586

(5) دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية، الأردن، وزارة الأشغال العامة والإسكان، ج2/ ص8

• المطلب الرابع:- التكييف القانوني والفقهي لعقد المقاولة بحسب التزام المقاول

نبتدأ بالتكييف القانوني لهذا العقد؛ لكونه من العقود المستجدة من حيث المسمى وصور التطبيق المختلفة المندرجة تحت هذا العقد. ومن ثم نعرج على التكييف الفقهي له بعد أن تكون الصورة واضحة في أذهاننا حول طبيعة هذا العقد.

أولا: التكييف القانوني[1].

يعتبر عقد المقاولة من العقود الواردة على العمل. ولكن العمل يتطلب وجود مواد، وهذه المواد اللازمة للعمل إما أن يقدمها رب العمل، وهنا لا إشكال في ذلك. أما إذا قدمها المقاول نفسه، فهنا هل يبقى العقد مقاولة أم أنه ينقلب إلى عقد بيع ؟!

وجدت عند القانونيين ثلاثة اتجاهات في هذه المسألة:-

1- الاتجاه الأول:- اعتبروا هذا العقد مقاولة مستقلة أيضا؛ لأن المادة في هذا العقد ما هي إلا تبع للعمل. وبهذا أخذ القانون المدني الأردني.
2- الاتجاه الثاني:- اعتبروا العقد في هذه الحالة أنه بيع لشيء مستقبل الوجود.
3- الاتجاه الثالث:- وقد كيفوا هذا العقد في هذه الحالة بحسب نسبة العمل إلى المواد المقدمة من قبل العامل؛ فإذا كانت المادة المقدمة من المقاول أكثر من عمله، كان العقد بيعا، وإذا كان العمل المقدم من المقاول غالبا على المادة المقدمة، كان العقد مقاولة .

وأما التكييف الفقهي لعقد المقاولة:-

خلص مجمع الفقه الاسلامي إلى أن التكييف الفقهي لعقد المقاولة ينقسم بحسب المعقود عليه إلى قسمين:-

1- فإذا كانت المادة والعمل من المقاول، فيكيف العقد على أنه عقد استصناع، على الرأي القائل بأن عقد الاستصناع عقد ملزم.
2- أما إذا كانت المقاولة على تقديم المقاول العمل فقط دون المواد، وعلى أن يلتزم رب العمل بتقديم المواد اللازمة للعمل من عنده، فهنا يكيف عقد المقاولة على أنه عقد إجارة.

وهكذا فإن عقد المقاولة في القانون الوضعي أعم من عقد الاستصناع في الشرع؛ لأن عقد المقاولة قد يكون عقد استصناع، وقد يكون عقد إجارة[2].

وأود الإشارة هنا إلى أن تكييف الفقهاء المعاصرين لعقد المقاولة على أنه عقد استصناع ملزم في حالة كون المواد والعمل من عند المقاول، لا يستقيم هذا التكييف ـــ برأيي ـــ بدقة مع طبيعة عقد الاستصناع عند الفقهاء الأربعة، وإن كان ينسجم مع الصورة العامة لهذا العقد؛ وهي أن

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج7/ ص24 –27. المومني، أحمد سعيد، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ص47

(2) قرار مجمع الفقه الاسلامي رقم: 7/3/67 بشأن عقد الاستصناع، في مؤتمره المنعقد7–12 ذو القعدة– 1412هـ ـــ 1992 م. التارزي، مصطفى كمال، (1412هـ ـــ1992م)، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 7، ج2/ ص580، 581

يقدم المستصنع العمل والمواد من عنده؛ فعند الحنفية مثلا، وكما سبق بحث حكم عقد الاستصناع عندهم في مرحلتيه، لا يكون العقد لازما منذ ابتدائه، إلا على رأي مجلة الأحكام العدلية. كما إن الحنفية لم يضربوا لهذا العقد أجلا تسلم السلعة فيه، خلافا لما هو عليه عقد المقاولة؛ حيث إنه يفرض على التأخر عن أجل التسليم للعمل غرامات تأخيرية. واعتبر أبو حنيفة أن ضرب الأجل في الاستصناع يُصَيِّرُ العقدَ سلماً ــ خلافا للصاحبين، ومن ثم تشترط فيه عنده شروط السلم كتعجيل رأس المال كاملا عند بداية التعاقد، وهذا ما لا يجري في عقد المقاولة، بل يكون تسليم بدل المقاولة شيئا فشيئا بحسب مراحل تنفيذ المشروع.

وأما عند الجمهور الذين يعتبرون الاستصناع نوعا من السلم في الصناعات، فيكون هذا العقد ملزما بطبيعته، لكن بشرط لا يتفق مع طبيعة عقد المقاولة؛ وهو وجوب تعجيل رأس المال في السلم دون المقاولة.

كما أن عقد المقاولة هو عقد على العمل في أصله، فإذا ما كيف على أنه عقد استصناع، فإنما يكون بذلك موافقا لما قاله البردعي[1] من الحنفية بأن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العمل، ورأيه هذا مخالف لما هو عليه المذهب عند الحنفية في هذه المسألة؛ وهو أن عقد الاستصناع عقد وارد على العين، مع الخلاف في هذه العين هل هي مجرد مبيع في الذمة، بحيث يمكن للصانع أن يأتي بعين صنعها قبل ذلك العقد، أو بعين قد صنعها صانع آخر؟ أم هي مبيع في الذمة شرط فيه العمل؟ وذلك نظرا لمسمى هذا العقد؛ وهو الاستصناع:أي طلب الصنعة، وتمييزا لهذا العقد عن عقد السلم ــ والذي هو عقد على مبيع في الذمة، إذ إن اختلاف الأسامي ينبئ عن اختلاف المعاني، وهنا إذا جاء الصانع بعين أخرى كان قد صنعها قبل العقد أو صنعها صانع آخر، فيجوز تسليمه السلعة إذا رضي بها المستصنع، ولكن ليس بمقتضى العقد الأول (الاستصناع)، وإنما بموجب عقد آخر؛ وهو البيع بالتعاطي بتراضيهما. والقول الأخير هو الذي رجحه الكاساني في البدائع[2].

وأقرب العقود ــ برأيي ــ إلى عقد المقاولة هو عقد الإجارة مع الأجير المشترك؛ سواء أكان قد التزم العمل بنفسه أم في ذمته، وليس عقد الإجارة مع الأجير الخاص؛ لأن المعقود عليه في عقد الإجارة مع أجير الوحد(الخاص) إنما هو المنافع، بدليل استحقاقه الأجرة بمجرد تسليمه نفسه للمستأجر وإن لم يعمل له حقيقة، فيكون بذلك تابعا للمستأجر وتحت إدارته، وهذا لا يتفق مع طبيعة عقد المقاولة. بينما المعقود عليه في عقد الإجارة مع الأجير المشترك إما أن يكون العمل نفسه كالقصارة، أو أثره كالصبغ ونحو ذلك، وليس منفعة الشخص، بدليل أنه لا يستحق كامل أجرته إلا بعد تسليم العمل وليس تسليم نفسه، حيث إنه قد يعمل لأكثر من مستأجر في آن واحد[3]، وهذا ما يتفق مع استقلالية المقاول وعدم تبعيته لرب العمل في عقد المقاولة. من هنا فإنني أرجح تكييف

---

(1) البردعي: بالباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفي آخره عين مهملة، نسبة إلى بردعة؛ وهي بلدة من أقصى بلاد أذربيجان. وهو أحمد بن الحسين أبو سعيد من الفقهاء الكبار. وهو من كبار مشايخ الحنفية، تفقه على أبي علي الدقاق. نزل بغداد ودَرَّسَ فيها؛ لما رأى ما عليه من أصحاب الظاهر. تفقه عليه أبو الحسن الكرخي. وقتل في وقعة القرامطة مع الحجاج سنة سبع عشرة وثلاثمائة. (ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ج5/ ص335. طبقات الحنفية، ج1/ ص66)

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5/ ص2. ابن نجيم، البحر الرائق، ج6/ ص186

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص33

المقاولة على أنها عقد إجارة مع الأجير المشترك. وهذا ما سار عليه القانون المدني الأردني في بيانه لأثر موت المقاول في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقد المقاولة.

وهذا التكييف لا إشكال فيه إذا كانت المقاولة على تقديم الأجير عمله دون المواد اللازمة للعمل؛ حيث كيف الفقهاء مسألة شراء رب العمل للمواد اللازمة للعمل ــ بغض النظر عن كون الشراء من الأجير نفسه أو من غيره، ومن ثم تعيين رب العمل للأجير، كيفوا ذلك على أنه من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع، وقد أجازوه على أن يشرع العامل في تنفيذ العمل، ولو بتأخير ثلاثة أيام، فإذا شرع العامل في العمل حقيقة، جاز اشتراط تعجيل المال أو تأخيره، إلا إنه لا يلزم بتعجيل المال من غير شرط ورضا بين المتعاقدين، لأنه ليس عقد سلم في هذه الحالة[1].

أما إذا كانت المواد مقدمة من قبل المقاول نفسه؛ بأن كانت مقاولة مثلا على التوريد والتركيب والصيانة، فهنا هل يصح القول بأن عقد المقاولة إجارة مع أجير مشترك في هذه الحالة أيضا ؟! أي هل يصح أن يكون الشخص أجيرا في ملك نفسه؛ بحيث يقدم المواد من عنده ويعمل فيها وهو أجير في عمله هذا لغيره؟ ومن ثم متى تنتقل ملكية البضاعة الموردة بموجب عقد المقاولة إلى رب العمل؟

تعرض الفقهاء لمسألة أن يقدم الأجير المواد اللازمة للعمل من عنده، وفيما يلي بيان مذاهب الفقهاء في ذلك:-

مذهب الحنفية:-

ذهب الحنفية إلى القول بأن المواد اللازمة لعمل الأجير إنما تكون على رب العمل، وليست على العامل؛ لأنه إنما التزم بعقد العمل، وليس تقديم المواد من العمل في شيء؛ كالبناء فإنه لا يقدم الجص والآجر من عنده، وإنما تكون على رب الدار[2].

مذهب المالكية:-

ذهب المالكية إلى أنه إذا لم يكن العامل معينا ــ أي لم يكن مشترطا أن يعمل بنفسه، ومن ثم قدم المواد اللازمة للعمل من عنده (لأنها لم تكن معينة في العقد، ولم يقدمها رب العمل)، فهنا يكون العقد سلما محضا، وينطبق عليه شروط عقد السلم؛ ومنها: تعجيل رأس المال[3].

ولكنهم اختلفوا على رأيين فيما إذا كان الأجير معينا، والمصنوع منه غير معين؛ بحيث يقدمه العامل إضافة إلى عمله، وليس رب العمل. واعتبرت هذه الصورة من النوازل التي تعم بها البلوى؛ [وفي هذه نازلة تعم بها البلوى فإن التجار شأنهم شراء وجوه الحرير من الحرارين، والحمائل من الحمائليين، وشأنهم دفع الحرير للصباغ، فيبقى النظر هل ذلك في ذمتهم؟ وهل هم معينون؟ وهل يلزم تقديم الثمن والأجر؟ ويلزم ورثة من مات منهم تمام العمل؟][4].

---

(1) المواق، التاج والإكليل، ج4/ ص539
(2) السرخسي، المبسوط، ج16/ ص51
(3) مالك بن أنس، المدونة، ج9/ص19، ج11/ ص449. خليل، مختصر خليل، ج1/ص196. الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص540. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217
(4) المواق، التاج والإكليل، ج4/ ص539

أما الرأي الأول فهو القول بجواز هذا النوع من التعامل على أنه سلم للضرورة، ويشترط لجواز ذلك تعجيل نقد المضمون ــ أي ثمن المواد اللازمة للعمل التي سيقدمها الصانع من عنده، ويجوز تأخير ما ينوب المعين ــ أي أجرة العامل المعين مقابل عمله؛ كما أشار الفقهاء إلى ذلك في أقوالهم:-

فقد أجازه الإمام مالك- رحمه الله- في إحدى روايتي المدونة عنه، على أنه من باب السلم والإجارة؛ معللا ذلك بأن ما يدخل البناء مثلا من الجص والآجر معروف مقداره وأجل تسليمه عند الناس، بحسب حجم البناء وموعد تسليمه ونحو ذلك؛ ومن ثم يكون من باب السلم المحدد أجله ومقداره. جاء في المدونة: [قلت:أرأيت إن استأجرت رجلا على أن يبني لي داري، على أن الجص والآجر من عند الأجير ؟ قال: لا بأس بذلك.قلت:وهذا قول مالك؟ قال:نعم][1]. وأيضا: [قلت: وكذلك إن كان الآجر والطين وجميع ما يبنى به الحائط من عند البناء؟ قال: وإن كان؛ لأنه إذا بنى منه شيئا فقد صار لرب الدار ما بنى][2]. وقال:[قلت: أرأيت السلم هل يجوز فيه إلا أن يضرب له أجلا، وهذا إذا لم يضرب للآجر والجص أجل؟ قال: لما قال له ابن لي هذه الدار فكأنه وَقَّتَ له؛ لأن وقت بنيانها عند الناس معروف، فكأنه أسلم إليه في جص وآجر معروف إلى وقت معروف، وإجارته في عمل هذه الدار، فلذلك جاز][3].

وهنا إنما أشار بقوله (لأنه إذا بنى منه شيئا فقد صار لرب الدار ما بنى)؛ يعني بذلك تسليم المواد المصنوعة إلى رب العمل ضمنا أو تبعا لعمل العامل، وذلك عند دخول تلك المواد فعليا في ما استؤجر العامل على عمله، وهنا كأنه يصير عاملا في ملك رب العمل، لا في ملكه هو، فيخرج من إشكالية عمل الأجير في ملك نفسه. أما قبل أن تدخل هذه المواد حقيقة في عمل الأجير، فيكون العامل ملتزما بها في ذمته، إذا عجل رب العمل ثمنها للعامل بموجب عقد السلم.

والرأي الثاني في هذه المسألة عند المالكية: هو أنه لا يجوز هذا التعامل مع تعيين العامل، على أن يقدم العامل المواد من عنده. جاء في نص المدونة عقب النص السابق في مسألة كون الجص والآجر من عند البناء: [وقال غيره: لا يكون هذا في عمل رجل بعينه، ولا يكون إلا مضمونا][4]. ويقصد بذلك أن العقد لا يكون سلما، إلا إذا لم يكن العامل ولا المعمول منه معينا.

دليلهم على عدم جواز هذا العقد:- عللوا ذلك بأنه لو مات العامل في هذه الصورة لأدى إلى الجمع بين متناقضين؛ بحيث إنه يلزم رب العمل تعجيل النقد لكون المعمول منه مضمونا، ولا يلزمه النقد لاشتراط عمل العامل بعينه؛ لأنه إذا مات العامل، لم تجز إقامة من يقوم بالعمل مقامه، فيكون العامل قد استفاد من المال المعجل إليه دون مقابل[5].

وأما الشافعية فقد أجازوا أن يقدم الكحال الكحل، وكذلك يقدم كل أجير ما يلزمه من مواد العمل من عنده؛ مثل: مرهم الجراح وصابون الغسال ونحو ذلك، ولكن اختلفوا في كونها عندئذ

---

(1) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص413
(2) مالك بن أنس، المصدر نفسه، ج11/ ص449
(3) المواق، التاج والإكليل، ج4/ ص539
(4) مالك بن أنس، المصدر نفسه، ج11/ ص449
(5) الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص539، 540. ابن رشد، المقدمات، ج1/ ص356، 357

باقية على ملك الأجير أو تنتقل إلى ملك المستأجر؛ فذهب البجيرمي إلى القول بأن الأوجه أن تنتقل ملكية هذه المواد إلى المستأجر، بحيث يصح تصرف الأجير فيها عندئذ؛ لأنه لو لم تنتقل تلك المواد إلى ملك المستأجر، لكان الأجير قد أتلف المواد على ملك نفسه[1].

وذهب الحنابلة إلى القول بجواز تقديم العامل المواد اللازمة للعمل من عنده إذا شرط في العقد ذلك، أو إذا جرت العادة بذلك؛ كالطبيب فإنه لا يلزمه تقديم الدواء من عنده إلا ما جرت العادة بتقديمه من حقنة وفصد ونحوهما، أو اشترط عليه ذلك، ولم يجيزوا أن يشترط عليه تقديم الدواء من عنده، إلا أن يكون عالما بتركيب الدواء، في حين أجازوا اشتراط الكحل على الكحال تبعا للحاجة إليه[2].

وهكذا فإن الرأي الأقرب ــ برأيي ــ لطبيعة عقد المقاولة والمطبق في القانون المدني الأردني هو رأي الشافعية الذين يجيزون أن تكون المواد مقدمة من قبل العامل(المقاول)، ولا يشترطون في ذلك تقديم ثمنها على أنها مباعة بموجب عقد سلم. إلا إن ملكية تلك المواد المعمول بها تنتقل إلى رب العمل تبعا لما يدخل في عمل العامل فعليا، فإذا مات العامل المعين، فلا يكون رب العمل أحق بتلك المواد التي لم تدخل فعليا في عمل العامل، إلا إذا وافق الورثة على بيعها له بموجب عقد بيع جديد كما سيأتي بيانه[3].

- **المطلب الخامس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة**

ينقسم البحث في أثر الموت في هذا العقد إلى قسمين بحسب الطرف المتوفى:-

فقد يموت رب العمل، أو قد يموت المقاول، قبل الشروع في العمل، أو بعد الشروع فيه وقبل إتمامه وتسليمه. وفيما يلي بيان أثر موت كل منهما في الالتزامات الناشئة عن هذا العقد.

أولا:- أثر موت رب العمل في الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد المقاولة.

لم يتعرض القانون المدني الأردني لهذه المسألة في سياق الحديث عن عقد المقاولة، وكذلك القانون المدني المصري؛ وذلك اكتفاء بالقواعد العامة التي تنص على أن الأصل في العقود المالية اللازمة أنها لا تتأثر بموت عاقديها بعد إبرام العقد؛ لعدم اعتبار شخصية المتعاقدين فيها بعد إبرام العقد صحيحا، ومن ثم تنتقل الالتزامات الناشئة عن تلك العقود إلى ورثة المتوفى بحيث يقومون بتنفيذها في حدود تركة مورثهم.

وبناء على هذه القاعدة فإنه إذا مات رب العمل، انتقلت التزاماته المترتبة عليه بموجب عقد المقاولة إلى ورثته، بغض النظر عن كونها تجلب لهم ذات النفع الذي كانت تجلبه لمورثهم أم لا،

---

(1) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج3/ ص179
(2) البهوتي، كشاف القناع، ج4/ ص14
(3) انظر ص266 من هذه الرسالة.

وبغض النظر عن رضى الورثة بتلك الأعمال الداخلة في المقاولة والتي تؤول ملكيتها إليهم أم لا، فيقومون بالالتزام بتمكين المقاول من القيام بعمله والامتناع عن ما من شأنه تعطيل ذلك، كما يقومون بالالتزام بتسلم العمل منجزا ودفع البدل، تماما كما كان مورثهم سيفعل فيما لو بقي حيا[1].

ولا يكون لهم بالمقابل فسخ العقد إلا بالتراضي مع المقاول أو التقاضي، أو بمقتضى القانون حسب القواعد العامة في القانون المدني الأردني، خلافا لبعض قوانين البلدان العربية التي تعطي لرب العمل ولورثته من بعده حق فسخ عقد المقاولة بإرادته أو بإرادة الورثة المنفردة، وقد سبق أن بينا ذلك خلال حديثنا عن خصائص هذا العقد[2].

ثانيا:- وأما بالنسبة لأثر موت المقاول في الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد المقاولة:-

فهنا يميز القانون بين حالتين :-

الأولى:- وهي أن تكون شخصية المقاول الطبيعية- باعتباره فردا لا مؤسسة- مشترطة في العقد لتنفيذه، أو أن تكون مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد.

الثانية:- أن يخلو العقد من اشتراط عمل المقاول بشخصه، أو أن لا تكون مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في العقد، وهذا يكون غالبا في المقاولات التي يكون محلها عملا بسيطا لا يتطلب مهارات فنية عالية، ويستطيع أي فرد مختص بتلك الحرفة أو المهنة أن يقوم بها . ويلحق بها حالة ما إذا اشترطت شخصية المقاول الاعتبارية لا الطبيعية في العقد؛ كأن يتعامل العاقد مع شركة أو مؤسسة بعينها، بغض النظر عن صاحبها[3].

ففي الحالة الأولى:- إذا مات المقاول انفسخ عقد المقاولة تلقائيا، دون حاجة إلى رفع دعوى لطلب الفسخ من أي من الجانبين، وذلك لعدم إمكانية متابعة العمل مع فوات المتعاقد معه بموته، وإذا ما أراد رب العمل المضي في التنفيذ مع ورثة المقاول، فإنه يحتاج إلى إبرام عقد مقاولة جديد معهم[4].

وأما في الحالة الثانية:- فيعمل في هذه الحالة وفق القواعد العامة التي تنص على عدم انفساخ العقد بموت طرفيه، فإذا مات المقاول في هذه الحالة، لا ينفسخ العقد بموته، وإنما تنتقل التزاماته إلى ورثته، بحيث يقومون مقامه في الوفاء بتلك الالتزامات في ضمن حدود تركته؛ فيقومون بإتمام العمل، كما يقومون بضمان الأضرار الناشئة عن التنفيذ الكلي أو الجزئي؛ حيث إن التزام المقاول بهذا الضمان ينتقل إلى ورثته بعد موته؛ وذلك قياسا على انتقال ضمان العيب والنقيصة إلى الورثة. ولو كانت مدة الضمان طويلة، كما في مقاولة البناء مثلا، حيث تمتد مدة الضمان إلى عشرة سنوات، وذلك تبعا للمدة المتفق عليها بين المتعاقدين، أو المدة المنصوص عليها في القانون.

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج7/ ص256

(2) المومني، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة، ص183

(3) السنهوري، الوسيط، ج7/ ص261،260

(4) السنهوري، المصدر نفسه، ج7/ ص260

وإذا كان هذا الضمان مكفولا بكفالات مالية، ثم مات ذلك المقاول في فترة الضمان، فيبقى المال المكفول به لدى رب العمل إلى حين مضي المدة المتفق عليها للضمان، فإذا ما حصلت هنالك أضرار ناتجة عن عمل المقاول، فإن رب العمل ينفق من المال المكفول به لتغطية مصاريف الصيانة ونحوها في هذه الحالة. وأما إذا مضت مدة الضمان دون حصول أي ضرر، فإن رب العمل يلتزم بإعادة المال المكفول به لورثة المقاول.

وفي حالة عدم توفر الضمانات الكافية في الورثة لحسن التنفيذ، فإنه يحق لرب العمل في هذه الحالة رفع دعوى للقاضي يطالب فيها بفسخ عقد المقاولة؛ حيث إنه لا ينفسخ العقد تلقائيا بمجرد الموت في هذه الحالة، وينظر القاضي في تلك الدعوى موضوعيا، وعلى ضوء ذلك يقرر إصدار حكم الفسخ أو رد الدعوى والمضي بالعقد.

وبالمقابل فإنه يحق لورثة المقاول الذين لا يجدون الكفاءة في أنفسهم على المضي في تنفيذ عقد المقاولة، يحق لهم رفع دعوى يطالبون فيها بفسخ عقد المقاولة، وهذا الحق ينص عليه القانون المدني المصري وليس الأردني، إلا أنه يتوافق مع ما نص عليه القانون المدني الأردني في المادة 206 التي تحدد أثر العقد بالنسبة إلى الغير: [ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينتقل إليه][1]؛ وحيث إن طبيعة عقد المقاولة تقتضي أن تتوفر فيمن يقوم بأعمال المقاولة خصائص عامة تجعله مؤهلا للقيام بها بنفسه أو بواسطة جهاز تنفيذي، فإنه إذا وجد الورثة في أنفسهم عدم القدرة على إكمال تنفيذ المشروع بعد موت المقاول، فإنه يحق لهم أن يرفعوا دعوى يطالبون فيها بفسخ ذلك العقد، والقاضي يحكم في هذه الدعوى بحسب تقديره ونظره للقضايا كل على حدة، وبهذا يمكن التوفيق بين القانون المصري فيما ذهب إليه والقانون الأردني في هذه المسألة[2].

وهكذا فإن القانون المدني الأردني يحذو حذو الفقهاء في تمييزهم لنوعين من التعاقد مع الأجير المشترك؛ فإما أن تكون الإجارة مع اشتراط عمل الأجير بنفسه، بحيث لا يستطيع إنابة غيره ليعمل مكانه. وإما أن تكون إجارة في ذمة الأجير، بحيث لا يشترط عمله بنفسه، ويترتب عليه في الحالة الأولى عدم إمكانية حلول غيره للعمل مكانه بعد موته، كما هو الحال حال حياته، وأما في الحالة الثانية فيجوز للورثة أن يعملوا مكانه أو يستأجروا من تركته من يقوم بالعمل مكانه بعد موته.

وفيما يتعلق باشتراط شخصية المقاول الاعتبارية؛ ويقصد بها التعامل مع مؤسسة أو شركة بعينها، فهنا لا ينفسخ عقد المقاولة بموت صاحب هذه المؤسسة مثلا؛ لأن المعتبر هو ذات الشركة

---

(1) المذكرات الإيضاحية، ج1/ ص234

(2) المومني، التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة، ص194، 195

بأكملها وهي لا تموت، وبموت صاحبها تبقى الالتزامات المترتبة على تلك الشركة قائمة يؤديها موظفو الشركة، وتتابع من خلال من تؤول إليهم التركة، وإنما يكون الحديث في انقضاء الالتزامات المترتبة على الشخصية الاعتبارية عند القول بحل الشركة أو إفلاسها، لا بموت صاحبها أو أحد المساهمين فيها. وهذا إنما يكون في المقاولات الكبيرة التي يقوم بها مقاولون كبار لا يعتمدون على كفايتهم الفنية الشخصية بقدر اعتمادهم على الموظفين الفنيين وما عندهم من الأدوات والمعدات ورؤوس الأموال[1].

وما قيل هنا يقال كذلك في حالة تعدد المقاولين المتضامنين لتنفيذ مشروع معين، فموت أحدهم لا ينهي المقاولة إلا بالنسبة إليه ــ وذلك إذا كانت شخصيته مشترطة في العقد، بينما يستمر العقد في لزومه بالنسبة للعاقدين الآخرين، إلا إذا كان اجتماعهم على العمل بنفس الوقت مشترطا في العقد ابتداء[2].

وهنا طبق القانون أحكام تعدد الأجراء؛ كما في استئجار ظئرين وموت إحداهما، فلا ينفسخ عقد الإجارة إلا في حق التي ماتت، وهي هنا متعينة للقيام بالعمل بنفسها[3]، فكذلك الحال في المقاولة مع تعدد المقاولين المتعاونين مع بعضهم لتنفيذ مشروع ما، فإنه بموت أحدهم ينظر أولا في كون شخصيته معتبرة في العقد أم أنه متعاقد على العمل في ذمته، فإذا كانت الحالة الأولى بطل عقد المقاولة مع المتوفى دون الحي، وأما إذا كان عمله في الذمة، فيقوم ورثته مقامه، مع المقاول الحي في سبيل إتمام تنفيذ المشروع، ولا يبطل عقده بموته.

وهنا ينبغي التمييز بين حالة تعدد المقاولين إذا كانوا متضامنين بموجب عقد المقاولة الأصلي مع رب العمل نفسه، وبين ما إذا تعدد المقاولون ولكن بموجب عقود مقاولة من الباطن ليست مع رب العمل الأصلي؛ وذلك كأن يتعاقد المقاول الأول مع رب العمل على تنفيذ مشروع ما، ثم يقوم هذا المقاول بالتعاقد من الباطن مع مقاول آخر لتنفيذ ذات المشروع بموجب عقد جديد مستقل عن الأول، يكون فيه المقاول الأول بمثابة رب العمل الأصلي الذي تعاقد معه بداية، ففي هذه الحالة فإن موت المقاول الثاني إذا كانت مؤهلاته الشخصية معتبرة في العقد لا ينهي إلا عقد المقاولة من الباطن، بينما يبقى العقد الأصلي بين المقاول الأول ورب العمل قائما.

وأما موت المقاول الأصلي فينهي المقاولة من الباطن، وفيما يخص المقاولة الأصلية فنفترض هنا أن مؤهلاته الشخصية غير معتبرة في العقد، ولذلك استطاع أن يبرم عقد مقاولة من الباطن، وإلا لم يكن له ذلك، ومن ثم فيطبق عليه حكم الحالة الثانية، وهو عدم انفساخ عقد المقاولة

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج7/ ص260، 261

(2) محمد لبيب شنب، (1962م)، شرح أحكام عقد المقاولة، القاهرة: دار النهضة العربية.

(3) السرخسي، المبسوط، ج15/ ص125. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج11/ ص444، 445. الحطاب، مواهب الجليل، ج5/ ص411. الخرشي، حاشية الخرشي، ج7/ ص237. القرافي، الذخيرة، ج5/ ص531

بموت المقاول، وينتقل التزامه بتنفيذ المشروع إلى ورثته على النحو الذي ذكرنا، وهنا قد يعهد الورثة بدورهم إلى نفس المقاول من الباطن إلى إتمام تنفيذ المشروع أو إلى مقاول آخر، أو يقومون بتنفيذه بأنفسهم إذا توفرت لديهم القدرة على ذلك.

أما عن الآثار المترتبة على فسخ المقاولة (إذا كان ذلك برفع دعوى من أحد الجهتين بعد موت المقاول كما سبق بيانه)، أو انفساخ المقاولة بموت المقاول(في حالة كون شخصيته معتبرة في التعاقد):-

فبعد الموت المفاجئ للمقاول لا يخلو الأمر إما أن يكون ذلك المقاول المتوفى لم يشرع في تنفيذ العمل حال حياته، أو أنه باشر تنفيذه لكنه لم يتمه، أو أنه قد نفذه لكنه لم يسلمه لرب العمل، فأما إذا كان المقاول لم يشرع في التنفيذ قبل موته، فلا تترتب هنالك التزامات من قبل أي من الطرفين تجاه الآخر أو ورثته فيما يخص المدة السابقة بين العقد وقبل موت المقاول، إلا إنه إذا كان رب العمل قد عجل للمقاول شيئا من البدل، أو كان قد قدم المواد اللازمة للعمل، فيلتزم ورثة المقاول بإعادة جميع ذلك إلى رب العمل؛ لكونه لم يشرع فيه بعد.

وأما إذا كان المقاول قد أتم العمل لكنه لم يسلمه حتى مات، فيقوم الورثة بتسليمه لرب العمل، سواء أكان شخص المقاول مشترطا في العقد أم لم يكن؛ وذلك لأن المقاول قد أتم العمل، ولم يبق إلا التسليم.

ولكن الحالة التي يجب البحث فيها هي حالة ما إذا مات المقاول بعد أن شرع في التنفيذ لكنه لم يتم العمل، كأن اشترى المواد اللازمة للعمل، وبدأ العمل بتلك المواد أو بالمواد التي قدمها رب العمل، فهنا لا يقوم الورثة بإتمام التزامات ذلك المقاول المتوفى لكون العقد منفسخا بموته، أو بموجب طلب الفسخ من قبل رب العمل أو الورثة لعدم توفر الضمانات الكافية في الورثة لتنفيذ العقد كما ذكرت آنفا.

وبالمقابل يلتزم رب العمل بدفع قيمة ما تم من الأعمال والنفقات التي تكلفها المقاول قبل موته، وذلك بحسب شروط العقد وما يقتضيه العرف. ولم يحدد القانون الأردني قيمة ما سيدفعه رب العمل لورثة المقاول بقدر انتفاعه بما أتم المقاول من الأعمال، واكتفى بالإشارة إلى ما يقتضيه العقد والعرف كذلك. بخلاف القانون المصري مثلا؛ حيث ذهب إلى احتساب القيمة التي سيدفعها رب العمل إلى ورثة المقاول بقدر النفع الذي سيعود على رب العمل من تلك الأعمال والنفقات، بحيث يرد لهم أقل القيمتين: قيمة ما أنفقه المقاول فيما أتمه من عمل، وقيمة ما أفاد به رب العمل من تلك الأعمال، وذلك تطبيقا لمبدأ الإثراء بلا سبب؛ وقد وضح السنهوري(1960م) ذلك بالأمثلة التالية: إذا قام رب العمل بتوريد قطع قماش للمقاول وهو هنا الخياط ليصنع ثيابا منها، ثم مات هذا الخياط بعد أن فصل تلك القطع وقبل أن يخيطها، فهنا يسترد رب العمل القماش الذي فصل، ويدفع لورثة الخياط أجرة التفصيل؛ لأنه هنا قد استفاد من عمل المقاول، ويستطيع أن يبني على ما عمله،

بأن يخيط القماش المفصل عند خياط آخر دون إعادة تفصيله، وأما إذا كانت أعمال المقاول مما لا نفع فيه بالنسبة لرب العمل، بحيث لا يستطيع أن يبني عليها ويحتاج إلى إعادة العمل فيها من جديد، فهنا لا يلزم رب العمل أن يدفع لورثة المقاول شيئا. أيضا فإذا كان النفع الذي يعود عليه أقل من قيمة تلك الأعمال، فإن رب العمل لا يلتزم إلا بدفع قيمة ما عاد عليه من نفع، وليس بكامل قيمة ما قام به المقاول حقيقة من أعمال؛ لأن رب العمل لم يستفد من كامل تلك الأعمال، بل يحتاج إلى إعادة تنفيذ جزء منها؛ مثل أن يقوم المقاول بالشروع بوضع تصميم لبناء، ويموت قبل أن ينجز جزءا يستفاد منه، فهنا لا يلتزم رب العمل بدفع أجرة عن عمله الذي قام به؛ لأنه مضطر لإعادة وضع التصميم من جديد[1].

وهكذا فإن القانون المدني الأردني يلزم رب العمل بالقيمة الفعلية لما أنجزه المقاول قبل موته من أعمال مراعيا في ذلك شروط العقد والعرف، دون أن يحدد تلك القيمة بالنفع الذي يعود على رب العمل، خلافا للقانون المصري [2].

وإذا كان رب العمل هو الذي قدم المواد اللازمة للعمل، فإنه يستردها بعد موت المقاول، ويدفع لورثة المقاول أجرة ما تم من عمل ونفقات أخرى. وأما إذا كان المقاول هو الذي قدم تلك المواد فإن الأصل أن تبقى هذه المواد مملوكة لورثته بعد موته، وأن لا يلزموا بتسليمها لرب العمل، على أن لا يطالبوا رب العمل ببدل تلك المواد ولا بأجرة العمل فيها، إذا كان العمل داخلا فيها مباشرة؛ حيث إنهم استبقوا ما عمله مورثهم لأنفسهم ولم يصل رب العمل من ذلك أي نفع، فلم يستحقوا بذلك أي بدل، كما كانت لا تنتقل لرب العمل حال حياة المقاول إلا بعد تمام الصنع؛ كأن تكون تلك المواد قطع خشب ومستلزماتها اللازمة لصنع أثاث. فإذا كان المقاول قد أنجز أعمالا أخرى غير متعلقة بتلك المواد؛ مثل أن يكون قد قدم أعمالا لتجهيز العمل في المشروع؛ كالمقاول الذي يريد إنشاء بناء مثلا، فيجهز الموقع بالحفريات اللازمة، ويشتري المواد اللازمة وينقلها إلى الموقع، أو يقتطع رخصة للبناء، فإنه يلزم رب العمل في هذه الحالة ببدل ما أنفق في سبيل أعمال التجهيز والشراء والنقل للمواد، مع بقاء حق ورثة المقاول في استرداد تلك المواد؛ لكونهم يملكونها باعتبارهم ورثة له. ولم يعط رب العمل الحق في إلزام ورثة المقاول بتسليم تلك المواد له في القانون المدني الأردني، إلا أن يوافق الورثة على بيع تلك المواد لرب العمل بموجب عقد بيع جديد. خلافا للقانون المدني المصري، حيث ذهب إلى إعطاء رب العمل حقا في إلزام ورثة المقاول بتسليم المواد اللازمة للعمل، والتي جهزها المقاول حال حياته وبدأ العمل بها حقيقة، على

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج7/ 262، 263. قرة، فتيحة، أحكام عقد المقاولة، ص266
(2) المومني، التزامات صاحب العمل، ص199

أن يدفع عنها تعويضا عادلا، فكان هذا الحكم خارجا عن القواعد العامة؛ كونه يجبر الورثة على تسليم تلك المواد الداخلة في ملكهم[1].

(3) السنهوري، الوسيط، ج7/ ص264

المبحث السادس:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد التوريد

سبق أن بينت في عقد المقاولة أن من أنواع المقاولات مقاولة التوريد؛ وهي مقاولة تشتمل على التوريد للعديد من السلع أو الخدمات على أن تسلم بصفة دورية، كما قد يكون التوريد مندرجا ضمن أي نوع من الأنواع الأخرى للمقاولة؛ كمقاولة الصناعة، إذا قام المقاول بتوريد المواد اللازمة للصناعة لتنفيذ مشروع معين، ولكن لما كان لعقد التوريد استقلالية من حيث التطبيق في مجالات منفصلة عن عقد المقاولة؛ حيث لم يشترط المشرع في القانون التجاري الأردني أن يكون التوريد قائما بشكل مشروع أو مقاولة حتى يكتسب الصفة التجارية[1]، من هنا كان لا بد من إفراده بمبحث مستقل لبيان أثر الموت فيه.

ومن الجدير بالذكر أن القانون المدني الأردني لم ينص على عقد التوريد، وإنما نص عليه القانون التجاري الأردني في نص الفقرة (1/هـ) من المادة السادسة؛ حيث عده نوعا من الأعمال التجارية بحكم طبيعته[2].

وقد سبق بيان الخلاف الذي جرى في القوانين المدنية في بعض الدول حول تكييف عقد المقاولة إذا جمع فيه بين العمل وتسليم المواد اللازمة من قبل المقاول نفسه. من هنا يمكن القول بأن العقد إذا لم يتضمن سوى توريد مواد دون عمل ما، فإنه يعتبر بيعا؛ لأنه عقد وارد على تمليك عين، وليس عقدا واردا على عمل، فلا يدخل ضمن عقد المقاولة، وهذا ما سيتضح من خلال التكييف الفقهي لعقد التوريد.

- **المطلب الأول:- تعريف عقد التوريد**

التوريد لغة:- من الفعل ورَّد، والفعل الثلاثي وَرَدَ يَرِدُ ورودا: حضر، وأورده غيره واستورده: أحضره [3].

التوريد اصطلاحا:- فقد عرفه شراح القانون التجاري الأردني بأنه عقد يتعهد المُوَرِّد بمقتضاه بتقديم كمية معينة من السلع، أو بتأدية خدمات معينة، بصورة دورية مقابل مبلغ معين[4].

وأما تعريف عقد التوريد عند الفقهاء المعاصرين، فلم يختلف عنه عند القانونيين؛ حيث يعرفونه بأنه عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعا معلومة، مؤجلة، بصفة دورية، خلال فترة معينة، لطرف آخر، مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه[5].

---

(1) العطير،عبد القادر حسين، الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني،عمان: دار الشروق،1993م، ص49، ص60

(2) أبو البصل، المقاولة والتوريد، ص18

(3) الرازي، مختار الصحاح، ج1/ ص298. ابن منظور، لسان العرب، ج3/ ص457

(4) العكيلي، عزيز، القانون التجاري، ص69

(5) هذا تعريف مجمع الفقه الاسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 12، 1421هـ ـــ2000 م، ج2/ ص571 . المصري، رفيق يونس، بحث بعنوان عقود التوريد والمناقصات، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 12، 1421هـ ـــ2000 م، ج2/ ص477

ومن صور عقد التوريد[1]:-

1- عقود الإعاشة والتغذية:- ويتم بموجبها توريد السلع الضرورية كالغذاء والأدوية والملابس والوقود، للمستشفيات والمدارس والمطارات والوحدات العسكرية وغيرها.

2- عقد توريد الخدمات: كتوريد الكهرباء والغاز والمياه، وتوريد العمال، وتوريد الصحف والمجلات، ونحوها.

- **المطلب الثاني:- تكييف عقد التوريد**

لخص الفقهاء المعاصرون[2] الإشكالية الواردة حول عقد التوريد بكونه عقد معاوضة يرد على ملكية الأعيان، وهو عقد ناجز فيما يتعلق بثبوت ملك كل من العوضين للطرف الآخر، لكنه بنفس الوقت يقوم على تأجيل تسليم العوضين فيه معا ابتداء.

والمعروف في التجارة والتي هي مقابلة الأموال بعضها ببعض؛ وهو البيع وأنواعه في متعلقاته بالمال كالأعيان المملوكة، وما في معنى المال كالمنافع، إنما هي في الفقه الاسلامي ثلاثة أنواع:-

1- فهي إما أن تكون بيع عين بعين وهو بيع النقد.

2- أو بيع عين بدين مؤجل (وهو السلم).

3- أو بيع عين بدين حال؛ كما في الاستصناع، أو في الإجارة؛ وهي بيع عين بمنفعة[3].

أما أن يكون كلا العوضين مؤجلين في آن واحد، كما في عقد التوريد، فهنا وقع الخلاف في المشروعية.

لكن الفقهاء القدامى والمعاصرون أجازوا هذا العقد، ووجدوا له مستندا من الفقه.أما أن هذا العقد هو بيع لما ليس عند الإنسان، إذا كان المورد لا يصنع أو يملك السلعة، فهو غير متجه هنا؛ لأن المقصود بالنهي الوارد في قوله عليه السلام: [لا تبع ما ليس عندك]على ما فسره الزرقاني: هو أن يبيع شخص لآخر شيئا معينا لا يملكه، ويضمن خروجه من ملك صاحبه. أما إذ باعه سلعة موصوفة في الذمة كالسلم فلا ينطبق عليها الحديث، وهذا الذي نحن بصدده، إلا أن المشكلة القائمة في قضية تأجيل البدلين[4].

وأما بالنسبة لتكييف هذا العقد وفق ما قرره مجلس مجمع الفقه الاسلامي في قراره رقم 107(12/1) [5]، فقد كيفوه تبعا لمحل عقد التوريد:-

- إذا كان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة، فالعقد استصناع تنطبق عليه أحكامه، وقد صدر بشأن الاستصناع قرار المجمع رقم:65(7/3).

---

(1) الجبر، محمد حسن، القانون التجاري السعودي، ص67، 68

(2) الجواهري، حسن، (1421هـ ـ2000 م)، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 12، مجمع الفقه الاسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض، ج2/ ص538.

(3) ابن العربي، أحكام القرآن، ج1/ ص321، تفسير كلمة (تجارة) في آية 29 سورة النساء، قوله تعالى: [يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم].

(4) الزرقاني، شرح الزرقاني، ج3/ ص414

(5) قرار رقم:107 (12/1)، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة 12، العدد 12، 1421ه - 2000 م، ج2/ ص571، 572

– إذا كان محل عقد التوريد سلعة لا تتطلب صناعة، وهي موصوفة في الذمة يلتزم بتسليمها عند الأجل، فهذا يتم بإحدى طريقتين:–

1– أن يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فهذا عقد يأخذ حكم السلم، فيجوز بشروطه المعتبرة شرعا المبينة في قرار المجمع رقم 85(9/2).

2– إن لم يعجل المستورد الثمن بكامله عند العقد، فإن هذا لا يجوز؛ لأنه مبني على المواعدة الملزمة بين الطرفين، وقد صدر قرار المجمع رقم (40 –41) المتضمن أن المواعدة الملزمة تشبه العقد نفسه، فيكون البيع هنا من بيع الكالئ بالكالئ.أما إذا كانت المواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين أو لكليهما، فتكون جائزة على أن يتم البيع بعقد جديد أو بالتسليم .

من الجدير بالذكر أن هذا التكييف الذي نص عليه قرار المجمع الفقهي السابق إنما يتوافق مع رأي الحنفية في التفرقة بين السلم والاستصناع ، بينما لا يكون تكييف عقد التوريد بناء على رأي جمهور الفقهاء الذين اعتبروا الاستصناع نوعا من السلم(وهو السلم في الصناعات) ، لا يكون إلا سلما؛ سواء أكان محل عقد التوريد سلعة تتطلب صناعة(فيعتبره الجمهور سلما في الصناعات)، أو لا تتطلب صناعة (فيكون بيع موصوف في الذمة وهو السلم)، ويشترط عند الجمهور في كلتا الحالتين تعجيل الثمن وتأخير المثمن، خلافا للحنفية في الاستصناع دون السلم.

ويمكن تكييف عقد التوريد بطريقة أخرى، كما ذهب إلى ذلك أبو سليمان(2000م) في قوله: [وهو ــ أي عقد التوريد ــ أشبه ما يكون بما هو معروف في المذهب المالكي ببيعة أهل المدينة، ورد النص عليها في المدونة، واعتمد صحتها فقهاء المذاهب][1].

وقد جاء ذكر هذا النوع من البيوع في باب السلم عند المالكية[2]؛ حيث إنهم فرقوا في شراء المبيع الغائب على الصفة بين أن يكون الشراء من شخص دائم العمل للسلعة المطلوبة، وبين أن يكون من شخص غير دائم العمل لتلك السلعة.

جاء في مواهب الجليل: [والشراء من دائم العمل وهو بيع، وإن لم يدم فسلم] [3].

وقال الدردير[4]: [والحاصل أن دائم العمل حقيقة أو حكما، إن نصب نفسه على أن يؤخذ منه كل يوم مثلا ما نصب نفسه له من وزن أو كيل أو عدد؛ كالخباز واللبان والجزار والبقال، يمكن فيه البيع تارة والسلم أخرى بشروطه. وإلا فالسلم بشروطه، ولو استديم عمله؛ كالحداد والنجار والحباك[5]].

---

(1) أبو سليمان،عبد الوهاب ابراهيم، عقد التوريد(دراسة فقهية مقارنة)،مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة12، العدد12، (1421ه– 2000م)،ج2/ ص412 – 415

(2) خليل، مختصر خليل، ج1/ ص196، العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص236، 237

(3) الحطاب، مواهب الجليل، ج4/ ص538

(4) الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص217

(5) قول الدردير: [ولو استديم عمله كالحداد والنجار والحباك] ؛ إنما يقصد بها استصناع سلعة عند هؤلاء الصناع، فيكون التعاقد معهم سلما مطلقا؛ سواء أكانوا دائمي العمل في صنعتهم أم لا،بخلاف الشراء ممن يعمل في بيع سلعة ما، وقد يكون دائم العمل في بيع تلك السلعة أو لا،فإذا كان دائم العمل في بيعها،كان العقد بيعا، وإن لم يكن دائم العمل في بيعها، كان العقد سلما،يشترط فيه شروط السلم(انظر: الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص217. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217).

والمقصود بدائم العمل إما على الحقيقة؛ وهو من لا يفتر عن عمل معين غالبا كالخباز مثلا، أو حكما كأن يكون البائع من أهل حرفة معينة بحيث تتيسر السلعة عنده، فيشبه تعيين المعقود عليه حكما.

أما غير دائم العمل: فهو من كان انقطاعه عن العمل أكثر من إتيانه له، أو تساوى انقطاعه مع عمله(1).

ففي الحالة الأولى يكون التعاقد على بيع وشراء سلع ما من الشخص الدائم العمل لتلك السلع بيعا مطلقا وليس سلما، وتسمى (بيعة أهل المدينة)، وقد نَزَّلَ فقهاء المالكية دوام العمل منزلة تعيين المبيع(أي كون المبيع معينا، سواء أكان معينا غائبا أم حاضرا)، وهذا بخلاف عقد السلم ؛ فالمُسْلَم فيه لا يكون معينا، بل يكون ثابتا في ذمة المسلم إليه.

وهكذا فلا يشترط في هذا النوع من البيوع شروط السلم؛ كتعجيل رأس المال، وتأجيل المثمن وضرب الأجل لتسليمه إياه؛ لكون تحديد الأجل ينافي شرط الشروع في أخذ ما اشتراه، وليس المراد بالأجل هنا أقل أجل السلم وهو خمسة عشر يوما عند المالكية، وإنما يريد الأجل مطلقا.

وقد يسلم البائع للمشتري بعض أو كل السلع على الحلول، كما قد يتعاقد معه على التأجيل لأخذ تلك السلع التي يكون قد تعاقد معه على شرائها إما على الجملة ومن ثم يأخذها منه مفرقة في أوقات معينة، أو أن يكون قد تعاقد معه على أن يأخذ في كل يوم أو في فترة دورية معينة سلعا بقدر معين من النقود، سواء أحدد المدة التي يود الاستمرار في أخذ السلع فيها أم لا(2).

قال مالك: [ولقد حدثني عبد الرحمن بن المجبر، عن سالم بن عبد الله، قال: كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلا بدينار، يأخذ كل يوم كذا وكذا والثمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك دينا بدين، ولم يروا به بأسا (3).

ثم إن هذا التعامل جار في اللحم وفي كل يبتاعه الناس في الأسواق، فيكون ذلك بسعر معلوم ؛ ويسمي ما يأخذه في كل يوم، وإن كان بثمن مؤجل أو إلى العطاء، إذا كان العطاء معلوما ومأمونا(4).

و يشترط في هذا النوع من التعامل شرطان(5):-

1- أن يشرع المشتري في أخذ ما ابتاعه، ولو شروعا حكميا؛ كتأخير القبض إلى خمسة عشر يوما مثلا؛واستخفوا ذلك للضرورة. وحيث إنه لا شراء فيه بعينه حقيقة؛لأنه إنما يتعين المعقود عليه هنا حكما؛ فإنه يجوز أن يتأخر قبض جميعه إذا شرع في قبض أوله، فيخرج بذلك عن كونه ابتداء دين بدين.

---

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217
(2) العدوي، حاشية العدوي، ج2/ ص236. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص217
(3) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج10/ ص293
(4) مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج10/ ص292
(5) العدوي،حاشية العدوي،ج2/ص236، 237. الزرقاني،شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل،ج5/ص395

2- أن يكون أصل السلعة المباعة موجودا عند البائع ؛ كوجود القمح عند الخباز ونحو ذلك، وهذا الشرط يفترض أنه لا داعي له ؛لكونه يستفاد ابتداء من كون الشخص دائم العمل لسلعة ما، فلا بد أن تتوفر المواد اللازمة لصنعه عنده.

- **المطلب الثالث:- أثر الموت في الالتزامات الناشئة عن عقد التوريد**

لم يرد في القانون التجاري الأردني بيان لأثر موت أحد المتعاقدين في عقد التوريد قبل الوفاء بالالتزامات المترتبة عليهما. ولذا فإنني سأبحث أثر الموت في هذا العقد بناء على التكييف الفقهي لعقد التوريد كما ورد في قرار المجمع الفقهي 107(12/1) آنف الذكر.

ففي حالة كون محل التعاقد مما يحتاج إلى صناعة، فقد كُيِّفَ عقد التوريد في هذه الحالة على أنه عقد استصناع ملزم؛ حيث إن هذا القرار قد أحال على قرار المجمع بشأن الاستصناع، وقد نص في القرار 67(7/3) بشأن عقد الاستصناع:

[إن عقد الاستصناع – وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط][1].

وقد استند هذا القرار إلى حكم عقد الاستصناع الوارد في مجلة الأحكام العدلية؛ وهو أنه عقد لازم منذ انعقاده إذا جاء مطابقا للمواصفات المطلوبة. وبتكييف عقد التوريد في هذه الحالة على أنه عقد استصناع ملزم للطرفين، فلا ينفسخ هذا العقد اللزم بموت أحد طرفيه، ومن ثم يقوم ورثته مقامه فيما ترتب عليه من التزامات بموجبه.

وأما بالنسبة لأثر الموت في عقد التوريد (الاستصناع) وفق رأي الجمهور، حيث يكيفون العقد على أنه عقد سلم في الصناعات، فيكون عقد الاستصناع (السلم)لازما للمتعاقدين منذ بداية التعاقد، وقبل شروع الصانع في العمل، بشرط أن يكون قد عجل المستصنع تسليم رأس مال السلم إلى الصانع. ومن ثم يترتب على القول بلزوم هذا العقد، أنه لا ينفسخ بموت أحد طرفيه قبل تسليم المصنوع (المسلم فيه).

فإذا مات المورد(الصانع) لسلع ما، فإنه لا يسقط التزامه تجاه ذلك المستورد بتسليم المصنوع، ويقوم ورثته مقامه في التزامه؛ وذلك وفقا لما عليه اختلاف الفقهاء في عقد السلم في الصناعات.

وأما إذا كان محل التعاقد لا يحتاج إلى صناعة في عقد التوريد، فإنه في هذه الحالة يشترط تعجيل رأس المال، ومن ثم يكون العقد سلما عند جميع الفقهاء، وهو عقد لازم للمتعاقدين منذ انعقاده بشروطه، ومن ثم فإذا مات أحد المتعاقدين فيه، فلا ينفسخ العقد بموته، وينطبق عليه الخلاف بين الفقهاء في عقد السلم. وقد ذكر في تأصيل مواد القانون المدني الأردني أثر الموت في عقد التوريد، في حين لم يشر القانون التجاري الأردني –مع كونه قد حُدِّث – إلى أثر الموت في عقد التوريد.

---

(1) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذي القعدة 1412 هـ الموافق 9–14 أيار، 1992م.

جاء في تأصيل المادة 537 من القانون المدني الأردني:[إذا مات المورِّد قبل حلول الأجل، كان المورَّد إليه بالخيار ؛إن شاء فسخ العقد واسترد ما دفعه من التركة، وإن شاء انتظر حلول الأجل، وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المادة الموردة، إلا إذا قدم الورثة كفيلا مليئا، يضمن تسليم المادة الموردة عند حلول أجله] [1].

لكن المادة 537، لم ترد في القانون المدني الأردني بشأن عقد التوريد، وإنما وردت بشأن عقد السلم[2]. والمؤصل لهذه المواد القانونية طبق هذه المادة على عقد التوريد مباشرة، وقد يكون ذلك التفاتا منه إلى تأصيل عقد التوريد على أنه عقد سلم.

ومن الملاحظ أن هذا الرأي إنما يأخذ ابتداء برأي الشافعية والحنابلة في أحد قولين عندهم بحلول دين المتوفى بموته قبل حلول أجل السلم، فإذا لم يوجد المسلم فيه وقتئذ، ففي هذه الحالة يخير رب السلم بين أن يفسخ عقد السلم، أو أن ينتظر إلى حين وجود المسلم فيه. وأما اشتراط حجز جزء من التركة بما يفي بدينه،أو اشتراط وجود كفيل مليء،فإنما ذلك ضمانا لحقه من الضياع إلى حين وجود المسلم فيه.

وأما بيان أثر الموت في عقد التوريد بناء على تكييف أبو سليمان(2000م):-

فإذا كان الشراء من شخص دائم العمل للسلعة، واختار المشتري أن يأخذ السلع على التأجيل بصورة دورية، فهنا يختلف أثر الموت في هذه الحالة بناء على كون الشراء متعاقدا عليه على الجملة ابتداء، أو لا.

فإذا كان الشراء على الجملة ابتداء- أي بتحديد كمية المعقود عليه كاملة، على أن يأخذها في فترات دورية، فإن العقد يجعل لازما بحيث لا يملك أي من المتعاقدين ولا ورثتهما فسخه، ومن ثم فإذا مات المشتري، يكون ورثته ملزمين بأداء ثمن جميع ما تعاقد عليه ابتداء، سواء أكان قد قبض جميع السلع حال حياته أم لا، ويقوم ورثته مقامه في الوفاء بالثمن من تركته، وكذلك يقومون مقامه في قبض ما لم يقبضه من السلع في أوقاتها.

وإذا مات البائع ــ ولو كان معينا ــ قبل أن يسلم كافة السلع المتفق عليها ابتداء، فلا يفسخ هذا البيع بموته؛ لأنه بيع، والبيع لا يفسد بتعيين البائع، كما أنه مستثنى للضرورة [1].

---

(1) منكو، محمد، تأصيل المواد (532- 556) من القانون المدني الأردني،ص24

(2) نص المادة 537 كما ورد في القانون المدني الأردني: [إذا مات البائع في السلم قبل حلول أجل المبيع، كان المشتري بالخيار ؛إن شاء فسخ العقد واسترد الثمن من التركة، أو شاء انتظر حلول الأجل، وفي هذه الحالة يحجز من التركة ما يفي بقيمة المبيع،إلا إذا قدم الورثة كفيلا مليئا،يضمن تسليم المبيع عند حلول أجله]. (المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج2/ ص518).

ومن ثم يقوم ورثة البائع بتزويد المشتري بتلك السلع إما من عند أنفسهم إذا كانوا ممن يقوم بذلك العمل، أو يشترونها من بائع آخر على حساب التركة.

وأما التعاقد على الشراء بصورة دورية ــ كل يوم يشتري منه عددا معينا من السلع ــ دون أن يعقد بيعه على عدد معلوم مسمى من المشتريات الكلية ابتداء، فإنه يجعل العقد غير لازم للمتعاقدين ولا لورثتهما، بحيث يملك أي من المتعاقدين فسخه حال حياته، كما أنه ينفسخ تلقائيا بموت أحد المتعاقدين[2]، ويجب عليه عندئذ مقابل ما أخذه من سلع حال حياته فقط.

أما في حالة كون الشراء من شخص غير دائم العمل لسلعة معينة، فهنا اعتبر المالكية هذا العقد عقد سلم، ويشترط فيه شروط السلم.

ويترتب على موت أحد المتعاقدين فيه ما يترتب على موت أحد المتعاقدين في عقد السلم، مع ملاحظة أن عقد السلم عقد لازم؛ لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين، سواء أكان تأجيل السلع إلى وقت واحد، أو إلى أوقات متعددة مؤجلة بصورة دورية؛ لأنه هنا يشترط أداء الثمن معجلا عن جميع الصفقة المراد استصناعها؛ كشرط من شروط عقد السلم عند المالكية.

(3) الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص216. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج5/ ص395، 396

(1) الدردير، الشرح الكبير، ج3/ ص216. الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، ج5/ ص395الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3/ ص396

الخـــاتمـــة

الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذه العمل بكرمه ومَنّه، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب، وأسأله سبحانه أن يتقبله وأن ينفع به، إنه قريب مجيب.

وفي الختام أود أن أعرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال هذا البحث، أوجزها في عدة نقاط:-

1- يؤثر الموت في انعدام أهلية الإنسان بالنسبة للالتزامات المستقبلية التي لا تعود بسبب باشره المتوفى حال حياته، أما بالنسبة للمدة السابقة لموته، فلا يؤثر الموت في إسقاط الالتزامات المترتبة عليه للآخرين في تلك المدة.

2- يؤثر الموت في الشخصية الطبيعية، ولا يؤثر في الشخصية الحكمية.

3- تنتقل الالتزامات التعاقدية الناشئة عن المعاوضات المالية من المتوفى إلى من يقوم بتنفيذ التزاماته من بعده بالضوابط التالية:

أ- الالتزامات الناشئة عن عقود المعاوضات والمنتقلة عن المتوفى، إنما هي تلك الالتزامات المالية التي يمكن دفعها من تركة المتوفى.

ب- لا يلزم نائب المتوفى بأداء التزاماته إلا في حدود ما خلف من تركة.

ت- لا تنتقل الالتزامات الشخصية -المتعلقة بشخصية المتوفى وكفاءته- من المتوفى إلى نائبه.

ث- لا ينتقل الالتزام بالعمل إلى الورثة، إلا إذا كان التزاما في الذمة ابتداء، فيقوم الورثة أو القاضي بالاستئجار على حساب التركة من يوفي العمل الملتزم به.

ج- تُقَدَّمُ الالتزامات المتعلقة بعين معينة على الالتزامات المرسلة في الأداء من التركة.

4- يقوم مقام المتوفى بتنفيذ التزاماته: الوصي المعين من قبل المتوفى، فإن لم يكن معينا، قام ورثة المتوفى مقامه في تنفيذ تلك الالتزامات. فإذا اختلف الورثة، عين القاضي وصيا على التركة.

5- إذا مات الدائن وورثه مدينه فقط، ولم تتعلق بالتركة حقوق للآخرين، فإن التزام المدين يسقط تجاه تركة دائنه، أما إذا كان معه ورثة آخرون فإن التزامه بأداء الدين لا يسقط إلا بنسبة ما يؤول إليه من حصته من التركة. وإذا كان معه غرماء للمتوفى، فإنه يلزم بأداء الدين كاملا؛ لأن حق الغرماء بالتركة مقدم على حق الورثة، وقد تنفد التركة ولا يبقى للورثة شيء منها، فلا يجوز أن يقدم ذلك المدين على غيره من الغرماء ولا من الورثة.

6- لا تنتقل الالتزامات المترتبة على المتوفى إلى الموصى له بعين معينة أو بجزء شائع من التركة؛ حيث إنه تنفذ وصيته من ثلث التركة الباقي بعد سداد الديون وتنفيذ الالتزامات، وليس من رأس مال التركة ابتداء. إلا إن القانون المدني الأردني قد نقل بعض الالتزامات المترتبة على الموصي قبل وفاته إلى الموصى له بعين معينة، ويلحق به الموصى له بجزء شائع إذا تعين حقه من التركة بعين معينة، بشرط أن تكون تلك الالتزامات تحد من الانتفاع بالعين. وهذه الالتزامات المحددة للعين إنما هي في الواقع حقوق للآخرين لم تنتقل إلى الموصى له ابتداء.

7- لا يصبح الدين المؤجل حالا بموت الدائن، وأما إذا مات المدين بدين مؤجل قبل حلول الأجل، لا يقال بحلول الدين على المدين أو عدم حلوله بمجرد الموت، وإنما يصار إلى الموازنة بين مصالح الأطراف جميعها: الدائن والمدين والورثة، وبحسب كل حالة على حدة؛ فإذا أمكن سداد الدين مباشرة من التركة فعل ذلك. وأما إذا لم يمكن ذلك إلا ببيع جزء كبير من التركة لسداد ذلك الدين، فهنا ينظر إلى إمكانية سداد الدين إلى حين الأجل أو لا، وذلك حفاظا على مصالح الأطراف جميعها، بما في ذلك الورثة، لكيلا يضيع حقهم في الميراث.

8- ليس هنالك تعارض في المحصلة بين القول بحلول أجل الدين لتعجيل إبراء ذمة المتوفى المدين، وبين القول ببقائه إلى أجله مع توثقته برهن أو بكفيل مليء؛ وذلك لأن الدين ينتقل إلى ذمم الورثة أو الكفيل الموثق منذ التوثيق، ففي كلتا الحالتين تبرأ ذمة المدين من الدين مباشرة.

9- انفرد متأخرو الحنفية ببحث مسألة إسقاط جزء من الربح الزائد مقابل الأجل في بيع المرابحة، وذلك بناء على قولهم بحلول الدين المؤجل بموت المدين. وقولهم هذا هو الذي ينبغي تطبيقه وخاصة في زمننا المعاصر.

10- تبقى ذمة المدين قائمة حكما حتى تسدد ديونه؛ وذلك إذا ترك المدين ما يستوفى منه أو به دينه، وأما إذا لم يخلف وفاء، فيبقى الدين في أحكام الدنيا بالرغم من خراب ذمته بالموت بالنسبة للأمور المستقبلية، وعليه فتجوز كفالة دين الميت الذي لا مال له مطلقا بعد موته، كما تجوز كفالته قبل موته، وكما يجوز التبرع بقضاء دينه بعد موته.

11- انفرد أبو حنيفة والثوري بالقول بسقوط الدين بموت المدين الذي لم يخلف وفاء لدينه بالنسبة لأحكام الدنيا، وعليه فإنه لا تجوز كفالة هذا المدين بعد موته، وإن كانت كفالته جائزة قبل موته.

12- ينتقل الالتزام من ذمة المدين إلى ذمم الورثة في حالتين:-

أ- إذا اختار الورثة إمساك التركة لأنفسهم وقضاء الدين من مالهم.

ب- كذلك عند من قال ببقاء الدين المؤجل إلى أجله بعد موت المدين، وذلك إذا وثق برهن أو بكفيل مليء بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين.

13- لا يملك الورثة التركة إذا كانت مستغرقة بالدين إلا ملكا صوريا. وأما إذا لم تكن مستغرقة بالدين، فإنه يملكها حقيقة في الجزء الذي لا يتعلق به الدين، وأما الجزء الذي تعلق به الدين، فإنه يملكه ملكا صوريا.

14- قاعدة: [لا تركة إلا بعد سداد الديون] المنسوبة إلى الفقه، لا تستقيم مع القول بانتقال ملكية التركة إلى الورثة قبل سداد الدين، ولو كان يثبت لهم ملكا صوريا ابتداء. والبديل عن هذه القاعدة هو القاعدة المتفق على مضمونها في الشرع؛ ألا وهي:[لا ميراث إلا بعد قضاء الدين والوصية].

15- يتعلق حق الغرماء بنماء التركة وزوائدها بناء على القول بعدم انتقال ملكية التركة إلى الورثة حتى تسدد ديون المتوفى.

16- يجوز أن يتصرف الورثة بالتركة لقضاء دين مورثهم.

17- لا تنقض قسمة التركة ولا تصرفات الورثة بها بسبب الديون الطارئة، وذلك إذا سقطت تلك الديون بإحدى طرق الإسقاط ؛كأداء الورثة تلك الديون من مالهم، أو إبراء أصحاب تلك الديون للمدين. وأما إذا لم تسقط تلك الديون، انتقضت تلك القسمة والتصرفات أيضا.

18- يجوز للورثة التصرف بسائر التركة مع تعلق الدين المقارن لوفاة مورثهم بها، ولكن بشرط ضمان الأقل من قيمتي التركة أو الدين.

19- لا يؤثر الموت في انفساخ عقود المعاوضات المالية الفورية اللازمة، الواردة على العين، والتي لا تتوقف صحتها ولا لزومها على القبض؛ كعقد البيع المطلق اللازم، وكعقد الهبة بعوض. وكذلك لا يؤثر في انفساخ العقود اللازمة الواردة على العمل أو المنفعة، والتي لا تشترط فيها شخصية أحد المتعاقدين أو كليهما. كعقد إجارة الذمة. وعليه فلا تسقط الالتزامات المترتبة على المتوفى بموجب هذه العقود، ولكن هذه الالتزامات قد تتأثر في حالة موت المتعاقد مفلسا أو معدما قبل الوفاء بها. كما قد تتأثر بموت المتعاقد قبل حلول أجل الوفاء بها.

20- العقود التي تنفسخ بموت أحد عاقديها أو كليهما هي العقود الواردة على العمل، والتي تكون فيها شخصية المتعاقد معتبرة أو مشترطة في التعاقد؛ كالتعاقد مع الأجير الخاص. وأيضا العقود الجائزة ــ غير اللازمة لأحد الطرفين أو لكليهما، فهي تنفسخ بموت الجانب غير الملزم بها، كعقد الجعالة قبل شروع العامل في العمل. وكذلك الحال بالنسبة للعقود الواردة على العين، والتي يشترط فيها القبض الفوري لأحد العوضين أو كليهما كشرط من شروط صحتها أو لزومها، فيما إذا مات أحد المتعاقدين قبل تحقق ذلك الشرط؛ كعقد الصرف وعقد بيع الربويات وعقد السلم.

21- إذا مات البائع مفلسا قبل أن يسلم المبيع للمشتري، كان المشتري أحق بالمبيع من سائر غرماء البائع.

22- إذا مات المشتري مفلسا قبل دفع الثمن، ينظر؛ فإن لم يكن قد قبض السلعة قبل موته، كان البائع أحق بها من سائر غرماء المشتري. وأما إذا كان قد قبضها قبل موته، ينظر أيضا؛فإن كانت باقية بأصلها أو بعينها عند المشتري، كان له استردادها، وفسخ عقد البيع، ولكن الأحفظ للحقوق أن يتم ذلك بحكم القاضي. وأما إن لم يوجد المبيع بعينه أو بأصله، فلا يكون للبائع فسخ عقد البيع والرجوع بسلعته ؛ لتعذر ذلك بعدم وجود المبيع. ومن ثم يصبح البائع في هذه الحالة أسوة بدينه لباقي الغرماء.

23- إذا مات أحد المتعاقدين قبل تسليم وقبض رأس مال السلم، فسد العقد. سواء أكان قبض رأس مال السلم مشترطا في مجلس العقد، أم إنه يجوز تأخيره إلى ثلاثة أيام.

24- إذا مات رب السلم (المُسَلِّم) بعد تسليم رأس مال السلم، وقبل حلول أجل السلم، بقي المسلم إليه ملتزما تجاه ورثته من بعده بأداء المسلم فيه في أجله المحدد.

25- إذا مات المسلم إليه بعد قبض رأس مال السلم فإنه ينظر، فإذا كان المسلم فيه موجودا عند موته، حل دينه بموته، وإلا انتظر رب السلم إلى حين وجود المسلم فيه. ويترك قسم من التركة للوفاء بدينه عندئذ إذا كان دين السلم قليلا، وتقسم باقي التركة.

26- خالفت مجلة الأحكام العدلية رأي الحنفية-حتى رأي أبي يوسف- فيما ذهبت إليه من عدم تأثير موت أحد المتعاقدين في انفساخ عقد الاستصناع ؛ إذ اعتبرته عقدا لازما منذ انعقاده، وذلك مراعاة لحفظ الحقوق وتغير الواقع المعاش. وهي بذلك توافق رأي جمهور الفقهاء

الذين اعتبروا الاستصناع عقد سلم في الصناعات، وهو لا ينفسخ بموت أحد المتعاقدين فيه؛ لكونه عقدا لازما. إلا إن المجلة لم تشترط على المستصنع تعجيل رأس مال السلم ولا سائر شروط عقد السلم.

27- تنتقل التزامات الصانع إذا مات إلى ورثته أو وصيه، فإن أمكن إحضار السلعة من محل آخر على الفور حل دين الصانع بموته، وإلا انتظر المستصنع إلى حين استصناع الورثة أو الوصي السلعة من محل آخر على حساب تركة الصانع، وتقسم باقي التركة على الورثة.

28- يؤثر الموت قبل التقابض في عقد الصرف في إبطال العقد، ومن ثم فلا يلزم ورثة المتوفى بالتقابض مقام مورثهم.

29- لا يؤثر موت أحد المتعاقدين أو كليهما في إسقاط الالتزامات الناشئة عن عقد الهبة بعوض، سواء أكان ذلك قبل التقابض أم بعده.

30- لا يبطل عقد الصلح إذا ما تم بين المتعاقدين، ومن ثم يلتزم ورثة المتوفى منهما بما كان مورثه ملتزما به حال حياته. وأما إذا كان عقد الصلح غير تام ؛ فيرجع في معرفة أثر الموت فيه إلى أقرب العقود إليه وأشبهها به، كعقد الصرف أو الإجارة أو البيع ونحوها.

31- يختلف انتقال الالتزام بالقبض إلى الورثة أو إلى الوصي بعد موت الملتزم بحسب اختلاف منزلة القبض من عقود المعاوضات، مع العلم بأن الأصل عدم اشتراط القبض في صحة العقود إلا ما ورد فيها الدليل على اشتراطه:-

أ- فمن العقود ما لا يشترط القبض في صحته ولا في لزومه ولا في استقراره؛ كالحوالة المقيدة عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية. وهنا لا يسقط التزام المتعاقدين بوفاتهما أو بوفاة أحدهما قبل القبض.

ب-ومن العقود ما يشترط القبض في صحته؛ وهو كل ما يجري فيه الربا، كعقد الصرف، وبيع الربويات بعضها ببعض إذا كانت متحدة الجنس، إلا عند الحنفية اكتفوا في بيع الربويات بالتعيين، وجعلوه قائما مقام القبض. وعقد السلم، إذ يشترط فيه تعجيل قبض رأس مال السلم. وكعقد الإجارة في الذمة، حيث يشترط تعجيل الأجرة من قبل المستأجر قبل تفرق المتعاقدين. وفي هذه العقود الأظهر عند الفقهاء انفساخها بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل التقابض.

ج- ومن العقود ما يشترط القبض في استقرارها ؛كالبيع المطلق، وإجارة العين، والهبة بعوض. وهذه العقود لا تبطل بالموت قبل القبض.

32- إذا مات المحال عليه مفلسا، فإن التزامه بأداء دين المحال يعود ليترتب على المحيل، ولا يسقط دينه إلا بموت كل من المحيل والمحال عليه مفلسين.

33- لا يسقط التزام المحال عليه بأداء دين المحال بسبب موت المحيل، سواء أكان ذلك في الحوالة المطلقة أو المقيدة، لكن المحال عليه ينبغي أن يأخذ كفيلا من ورثة المحيل ليرجع عليه بما أداه في الحوالة المطلقة.

34- تجوز الإحالة على ما في ذمة الميت من دين مستقر للمحيل، بشرط أن يكون الميت مليئا.

35- لا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر لأجير معين أو مشترك، إلا أن تكون شخصية المستأجر مراعاة في التعاقد. كما لا تنفسخ الإجارة بموت المؤجر أو الأجير إلا أن يكون معينا.

أ- إذا كان الالتزام بأداء الأجرة على التأجيل، فلا تحل الأجرة بموت المستأجر قبل استيفاء المنافع؛ وذلك إذا وثق الورثة الأجرة برهن أو بكفيل مليء.

36- إذا مات المستأجر مفلسا قبل الوفاء بالأجرة، خير المؤجر بين إمضاء العقد وفسخه، وسواء اختار الفسخ أو لا، لا تسقط أجرته عن المدة السابقة لموت المستأجر، وينظر: فإن كان الأجير قد سلم السلعة التي استؤجر على العمل فيها، أصبح أسوة لغرماء المستأجر بدينه، وإن كانت ما تزال في يده، فإن كان لعمله أثر في محل العمل؛ كأصحاب الصنائع، كان له حبس السلعة حتى يوفى أجره من بيعها، أو من مكان آخر. وإن لم يكن لعمله أثر في محل العمل، فليس له حبسها، ومن ثم يكون أسوة للغرماء بأجرته.

37- لا تنفسخ إجارة الوارث التي عقدها مع مورثه قبل موت مورثه.

38- لا ينفسخ عقد الحكر بموت أحد طرفيه باتفاق، فإذا مات المستأجر، قام ورثته الذين انتقل إليهم المُؤَجَّر بعقد الحكر بوفاء الأجرة من مالهم كل بحسب نصيبه منها، وليس من مال التركة.

39- ينتقل التزام الجاعل بأداء الجعل إلى ورثته، وذلك إذا مات الجاعل بعد شروع العامل في العمل، وبعد أن يسلم العامل العمل تاما إلى ورثة الجاعل.

40- إذا مات أحد المتعاقدين قبل استيفاء المنافع المصالح عليها، فإنه لا يبطل عقد الصلح بموته، ومن ثم يقوم ورثة المتوفى مقامه بتنفيذ التزاماته.

41- لا يؤثر الموت في إسقاط الالتزام بتسجيل العقارات أو المركبات بعد إنشاء عقد البيع أو الهبة وغيرهما بين المشتري والبائع المتوفى. ومن ثم يقوم ورثة البائع بإتمام عملية التسجيل مع المشتري. ويحق للمشتري التأشير بعقد البيع المبرم، أو بدعوى صحة التعاقد، وذلك لضمان حقه في إتمام التسجيل.

42- إذا مات العميل بعد التوقيع على طلب الشراء، وقبل إتمام توقيع عقد المرابحة للآمر بالشراء، سواء أكان البنك قد اشترى السلع المطلوبة أم لا، فإن الورثة يكونون مخيرين في إتمام عقد بيع المرابحة أو عدم إتمامه، ولا يستطيع البنك إلزامهم بتوقيع العقد معه، كما لا يستطيع فرض أي تعويض عليهم نتيجة لدخوله في كلفة بسبب وعد مورثهم له بالشراء.

43- إذا مات العميل بعد توقيع عقد بيع المرابحة وقبل تسديد ثمن السلع التي اشتراها، فإنه ينظر: فإذا كان مشتركا في صندوق التأمين التعاوني التابع للبنك الاسلامي، فإن هذا الصندوق يقوم بتسديد ما تبقى عليه من أقساط، بغض النظر عن كونه مات مليئا أو مفلسا. أما إذا لم يكن مشتركا في هذا الصندوق لعدم انطباق شروط الاشتراك عليه، فإن دينه للبنك يوفى ابتداء من أرصدته فيه، فإن لم تف، فمن باقي أموال التركة، فإن لم تف أيضا، فيصار إلى إحدى الضمانات التي وثق المدين دينه بها.

44- تنتقل الالتزامات المترتبة على رب العمل بموجب عقد المقاولة إلى ورثته، وأما إذا مات المقاول ؛فينظر: إذا كانت شخصيته الطبيعية معتبرة أو مشترطة في التعاقد، فإن عقد المقاولة ينفسخ بموته، ومن ثم لا تنتقل الالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد المقاولة إلى ورثته، إلا فيما يتعلق بالمدة السابقة لموته، وإذا ما أراد رب العمل أن يتم ورثة المقاول العمل، فعليه إبرام عقد مقاولة جديد معهم. وأما إذا لم تكن شخصية المقاول الطبيعية مشترطة في التعاقد، أو كانت شخصية المقاول الاعتبارية فحسب مشترطة في التعاقد، فهنا تنتقل التزامات المقاول إلى ورثته، أو إلى من يخلفه في إدارة الشركة أو المؤسسة (الشخصية الاعتبارية).

45- في حالة انتقال الالتزامات المترتبة على المقاول إلى ورثته، فلرب العمل رفع دعوى للمطالبة بمنع قيام ورثة المقاول بإتمام عمله، وذلك إذا لم تتوفر فيهم الضمانات الكافية لحسن التنفيذ.

كما إن للورثة رفع دعوى للمطالبة بعدم إلزامهم بإتمام عمل مورثهم؛ وذلك إذا أحسوا من أنفسهم عدم القدرة على تنفيذ تلك الأعمال.

46- إذا انفسخ أو فسخ عقد المقاولة بموت المقاول، فإن القانون المدني الأردني يلزم رب العمل بالقيمة الفعلية لما أنجزه المقاول قبل موته من أعمال مراعيا في ذلك شروط العقد والعرف، دون أن يحدد تلك القيمة بالنفع الذي يعود على رب العمل، وذلك خلافا للقانون المصري الذي لا يلزمه في هذه الحالة إلا بمقدار النفع العائد على رب العمل.

47- لم يلزم القانون المدني الأردني ورثة المقاول بتسليم المواد التي قدمها المقاول من عنده وعمل بها في حالة انفساخ عقد المقاولة. بخلاف القانون المدني المصري الذي أعطى لرب العمل الحق في إلزام ورثة المقاول بتسليم المواد اللازمة للعمل، والتي جهزها المقاول حال حياته وبدأ العمل بها حقيقة، على أن يدفع عنها تعويضا عادلا، فكان هذا الحكم خارجا عن القواعد العامة؛ كونه يجبر الورثة على تسليم تلك المواد الداخلة في ملكهم.

48- إذا مات المورد قبل حلول الأجل، خير المورد إليه عندئذ بين فسخ العقد أو الصبر إلى حين وجود المادة الموردة.

التوصـيات

توصي الباحثة في هذا المقام بعدة توصيات:-

1-ضرورة اهتمام الورثة أو الوصي على التركة بتخليص ذمة المتوفى بتصفية الديون و الالتزامات المترتبة عليه قبل وفاته، إلى جانب اهتمامهم بتحصيل حقوقه على الآخرين.

2-ضرورة التفات البنوك الاسلامية إلى مسألة إسقاط جزء من المال المضروب أصلا في مقابلة الأجل، وذلك عند سقوط الأجل بموت المدين، وعدم التهاون بأخذ كامل المبلغ المتفق عليه ابتداء سواء أكان استيفاؤه من مال العميل أو من صندوق التأمين التعاوني.

3- ضرورة استغلال التركة الاستغلال الأمثل في سبيل أداء الديون المتعلقة بها، إلى جانب عدم حرمان الورثة من حقهم في الميراث بسبب بيع ممتلكات المدين لسداد ديونه مباشرة.

4-ضرورة اهتمام القانون المدني الأردني، وقوانين البنوك الاسلامية بتغطية أثر الموت في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود المعاوضات بشكل عام؛ وأخص بالذكر منها: عقد المرابحة للآمر بالشراء في جميع مراحل تكوين العقد، وعقد التوريد.

5-زيادة تفعيل دور البنوك الاسلامية للقيام بدور الوصي على التركة؛ لما في ذلك من درء للنزاع المحتمل بين الورثة وأصحاب الحقوق.

6-تقترح الباحثة البحث في موضوع: أثر الموت الحكمي في الالتزامات التعاقدية. بحيث يتطرق هذا الموضوع إلى حكم عقود المرتد مع المسلمين وغيرهم في فترة ردته، وكذلك حكم العقود التي أبرمها الغائب أو المفقود، وما مصير الالتزامات الناشئة عنها.

7-أيضا تقترح الباحثة البحث في موضوع: أثر الموت الحقيقي في الالتزامات التعاقدية الناشئة عن عقود التبرعات والتوثيقات والمشاركات. حيث لم تتمكن الباحثة من إدراجها ضمن هذه الرسالة نظرا لاتساع الموضوع وكبر حجمه مقارنة مع الوقت المعطى له.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

المـــراجـــع

- الآبادي، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم، **عون المعبود شرح سنن أبي داود.** ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م.
- الآبي، صالح عبد السميع الأزهري، (ت386هـ). **الثمر الداني شرح رسالة القيرواني.** بيروت: المكتبة الثقافية.
- الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، (ت880هـ). **جواهر العقود ومعين القضاة والشهود.** بيروت: دار الكتب العلمية.
- الأنصاري، أبو يحيى زكريا الشافعي، (ت926هـ). **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ضبط نصه وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد محمد تامر. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ ــ 2001م.
- الأنصاري، أبو يحيى زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا، (ت926هـ)، **فتح الوهاب.** ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ.
- ابن أبي الوفاء، أبو محمد عبد القادر القرشي، (ت775هـ)، **طبقات الحنفية.** كراتشي: مير محمد كتب خانه.
- ابن أمير حاج، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد، (ت879هـ)، **التقرير والتحبير وهو شرح تحرير الكمال بن الهمام في علم الأصول الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية**، ضبطه وصححه عبد الله محمد محمود عمر. بيروت: دار الكتب العلمية، 1999م.
- ابن بدران، عبد القادر الدمشقي، (ت1346هـ)، **المخل إلى مذهب الإمام أحمد**، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي. ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1401هـ.
- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الحراني، (ت652هـ)، **المحرر في الفقه.** ط2، الرياض: مكتبة المعارف، 1404هـ.
- ابن تيمية، أبو العباس أحمد عبد الحليم الحراني، (ت728هـ)، **كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية**، تحقيق عبد الرحمن بن محمد العاصمي النجدي. مكتبة ابن تيمية، ط2.
- ابن جزي الكلبي، محمد بن أحمد الغرناطي المالكي، (ت741هـ)، **قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية المعروف بالقوانين الفقهية.** بيروت: دار العلم للملايين، 1968م.
- ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد، (1415هـ). **التحقيق في أحاديث الخلاف**، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن الحاجب المالكي، جمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر، (ت646هـ)، **جامع الأمهات**، تحقيق أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري. دمشق: اليمامة، 1998م.

- ابن حبان، أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد التميمي البستي، (ت354هـ)، **مشاهير علماء الأمصار**، تحقيق فلايشهمر. بيروت: دار الكتب العلمية، 1959م.
- ابن حجر الهيثمي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد، (ت974هـ)، **تحفة المحتاج بشرح المنهاج** (مطبوع مع حواشي الشرواني). دار الفكر.
- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (ت852هـ)، **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني. بيروت: دار المعرفة.
- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني، (ت852هـ)، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، تحقيق محب الدين الخطيب. بيروت: دار المعرفة.
- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي العسقلاني الشافعي، (ت852هـ)، **تقريب التهذيب**، تحقيق محمد عوامة. ط1، سوريا: دار الرشيد، 1406هـ ـ 1986م.
- ابن حجر، أبو الفضل أحمد بن علي، (ت852هـ)، **تلخيص الحبير**، تحقيق عبد الله هاشم اليماني المدني. المدينة المنورة، 1384هـ ـ 1964م.
- ابن حزم الظاهري، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد، (ت456هـ)، **المحلى**، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي. بيروت: دار الآفاق الجديدة.
- ابن حنبل، أبو عبد الله أحمد الشيباني، (ت241هـ)، **مسند الإمام أحمد بن حنبل**. القاهرة: مؤسسة قرطبة.
- ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، (ت795هـ)، **القواعد في الفقه الاسلامي**. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن رشد، الجد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، (ت520هـ)، **المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات**، خرج آياته وأحاديث زكريا عميرات. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ ـ 2002م.
- ابن رشد، أبو الوليد القرطبي، (ت520هـ)، **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة**، تحقيق محمد حجي. دار الغرب الاسلامي، 1404هـ ـ 1984م.
- ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، (ت595هـ)، بداية المجتهد. بيروت: دار الفكر.
- ابن السبكي، علي بن عبد الكافي، (ت756هـ)، **الإبهاج**. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1404هـ.
- ابن ضويان، ابراهيم بن محمد بن سالم، (ت1353هـ)، **منار السبيل**، تحقيق عصام القلعجي. ط2، الرياض: مكتبة المعارف، 1405هـ.

- ابن عابدين، علاء الدين محمد بن محمد أمين، (ت1306هـ)، **قرة عيون الأخيار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المسماة بتكملة ابن عابدين.** القاهرة: المطبعة اليمنية، 1889هـ.
- ابن عابدين، (1386هـ). **حاشية رد المحتار على الدر المختار المسماة بحاشية ابن عابدين.** ط2، بيروت: دار الفكر.
- ابن عاصم، أبو بكر محمد بن محمد، (ت829هـ)، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام المعروف بشرح ميارة الفاسي**، تحقيق عبد اللطيف حسن عبد الرحمن بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، (ت463هـ)، **الاستذكار**، تحقيق سالم محمد عطا و محمد علي معوض. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 2000م.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، (ت463هـ)، **التمهيد**، تحقيق مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري. المغرب: وزارة عموم الأوقاف، 1387هـ.
- ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري، (ت463هـ)، **الكافي**. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1407هـ.
- ابن العربي، أبو بكر محمد بن عبد الله، (ت 543هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد عبد القادر عطا. لبنان: دار الفكر للطباعة.
- ابن قاسم، شهاب الدين أحمد بن قاسم العبادي، (ت994هـ)، **حاشية ابن القاسم** (مطبوع مع حواشي الشرواني). دار الفكر.
- ابن قاضي سماوه، محمود بن اسماعيل، **جامع الفصولين**. القاهرة: المطبعة الكبرى الميرية ببولاق.
- ابن قتيبة، أبو محمد عبد الله بن مسلم الدينوري، (ت276هـ)، غريب الحديث، تحقيق عبد الله الجبوري. ط1، بغداد: مطبعة العاني، 1397هـ.
- ابن قدامة، شمس الدين، **الشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، (مطبوع مع المغني لابن قدامة). دار الفكر.
- ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، (ت620هـ)، **عمدة الفقه**، تحقيق عبد الله سفر العبدلي ومحمد دغيليب العتيبي. الطائف: مكتبة الطرفين.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله المقدسي، (ت620هـ)، **الكافي في فقه ابن حنبل**. بيروت، المكتب الاسلامي.
- ابن قدامة، أبو محمد عبد الله بن أحمد المقدسي، (ت620هـ)، **المغني**. ط1، بيروت: دار الفكر، 1405هـ.

- ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي، (ت751هـ)، **حاشية ابن القيم**. ط2، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415 هـ ـ 1995م.
- ابن القيم، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، (ت751هـ)، **إعلام الموقعين**، تحقيق طه عبد الرؤف سعد. بيروت: دار الجيل، 1973م.
- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، (ت275هـ)، **سنن ابن ماجه**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار الفكر.
- ابن مفلح، أبو اسحاق ابراهيم بن محمد بن عبد الله الحنبلي، (ت884هـ)، **المبدع**. بيروت: المكتب الاسلامي، 1400هـ.
- ابن مفلح، أبو عبد الله محمد المقدسي، (ت762هـ)، **الفروع**، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ.
- ابن منظور، محمد بن مكرم الافريقي المصري، (ت 711هـ)، **لسان العرب**. ط، بيروت: دار صادر.
- ابن المنذر، أبو بكر محمد بن ابراهيم النيسابوري، (ت318هـ)، **الإجماع**، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد. ط3، الاسكندرية: دار الدعوة، 1402هـ.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، (ت970 هـ)، **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، وضع حواشيه وخرج أحاديثه زكريا عميرات. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ ـ 1999م.
- ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد، (ت970 هـ). **البحر الرائق**. ط2، بيروت: دار المعرفة.
- أبو البصل، عبد الناصر موسى، (1419هـ ـ 1999م). **دراسات في فقه القانون المدني الأردني- النظرية العامة للعقد**. ط1، عمان: دار النفائس.
- أبو البصل، علي عبد الأحمد، (1995م)، **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الاسلامي والقانون المدني الأردني**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، الجامعة الأردنية.
- أبو الحسن المالكي، **كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي. بيروت: دار الفكر، 1412 هـ.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، (ت275هـ)، **سنن أبي داود**، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. دار الفكر.
- أبو زهرة، محمد، (1383هـ ـ1963م). **أحكام التركات والمواريث**. دار الفكر العربي.
- أبو زيد، بكر بن عبد الله، (1409هـ ـ 1988م). **المرابحة للآمر بالشراء**. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 5، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، ج2/ ص983.

- أبو سليمان، عبد الوهاب ابراهيم، (1421هـ ــ2000م). **عقد التوريد (دراسة فقهية مقارنة).** مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد12، ج2.
- أبو شنب، أحمد عبد الكريم، (1997م). **شرح قانون العمل الأردني "الجديد"**. عمان: مكتبة دار الثقافة.
- أبو النجا، موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحنبلي، (690هـ)، **زاد المستنقع**، تحقيق علي محمد عبد العزيز الهندي. مكة المكرمة: مكتبة النهضة الحديثة.
- أبو يعلى الحنبلي، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف بن الفراء، (ت458هـ)، **المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين**، تحقيق عبد الكريم محمد اللاحم. الرياض:مكتبة المعارف،1985م
- ارشيد، محمود عبد الكريم أحمد، (1421هـ ــ 2001م). **الشامل في معاملات وعمليات المصارف الاسلامية.** ط 1، الأردن: دار النفائس.
- باشا، محمد قدري،(1374هـ ــ1928م). **قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف**، مصر: مكتبة الأهرام، ط5.
- البجيرمي، سليمان بن عمر بن محمد، **حاشية البجيرمي**. تركيا/ديار بكر: المكتبة الاسلامية.
- البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل الجعفي، (ت256هـ)، **صحيح البخاري**، تحقيق مصطفى ديب البغا. ط3، بيروت: دار ابن كثير واليمامة، 1407هـ ــ 1987م.
- البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت730هـ)، **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، وضع حواشيه عبد الله محمود محمد عمر. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ ــ 1997م.
- البركتي، محمد عميم الإحسان المجددي، (1407هـ ــ 1986م). **قواعد الفقه.** ط1، كراتشي: الصدف.
- بدران، بدران أبو العينين، (1966م). **أحكام التركات والمواريث في الشريعة الاسلامية والقانون.** الاسكندرية: دار المعارف.
- البعلي، أبو عبد الله محمد بن أبي الفتح الحنبلي، (ت709هـ)، **المطلع**، تحقيق محمد بشير الادلبي. بيروت: المكتب الاسلامي، 1401هـ–1981م.
- البعلي، بدر الدين أبو عبد الله محمد بن علي الحنبلي، (ت777هـ)، **مختصر الفتاوى المصرية**، تحقيق محمد حامد الفقي. ط2، السعودية /الدمام: دار ابن القيم، 1406هـ ــ 1986م.
- بك، أحمد ابراهيم،(1945م) **مذكرة مبتدأة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام في الشرع الاسلامي**. القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة.
- البناني، محمد بن الحسن بن مسعود، (ت1194هـ)، **الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني وهو حاشية البناني**، [مطبوع مع شرح الزرقاني]، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمد أمين. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ ــ 2002م.

- البنك الاسلامي الأردني: **عقد التأسيس والنظام الأساسي.**
- البنك الاسلامي الأردني، **الفتاوى الشرعية للبنك الاسلامي الأردني**، نشرة إعلامية رقم(6)، ج2، عمان
- البنك الاسلامي الأردني، (1406هـ ــ 1986م)، نشرة إعلامية رقم(3)، **أحكام العقود والبيوع في الفقه الاسلامي.** عمان.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، (ت 1051هـ). **الروض المربع**، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، (ت1051هـ). **كشاف القناع**، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، بيروت: دار الفكر، 1402هـ.
- البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، (ت1051هـ)، **شرح منتهى الإرادات.** ط2، بيروت: عالم الكتب، 1996م.
- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى (ت458 هـ)، **سنن البيهقي الكبرى**، تحقيق محمد عبد القادر عطا. مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، 1414هـ ــ1994 م.
- التارزي، مصطفى كمال، (1412هـ ــ1992م)، **الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 7، ج2 / ص 580، 581
- الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي، (ت279هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون. بيروت: دار إحياء التراث.
- الجبر، محمد حسن، (1981م). **القانون التجاري السعودي**. الرياض: عمادة شؤون المكتبات، جامعة الملك سعود.
- الجُرْجاني، علي بن محمد، (ت814هـ)، **شرح السراجية**، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد. مصر: مطبعة مصطفى البابي، 1363هـ ــ 1944م.
- الجرجاني، أبو أحمد عبد الله بن عدي، (ت365هـ)، **الكامل في الضعفاء**، تحقيق يحيى مختار غزاوي. ط3، بيروت: دار الفكر، 1409هـ ــ 1988م.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، (ت816هـ)، **التعريفات**، تحقيق ابراهيم الأبياري. ط1بيروت: دار الكتاب العربي، 1405هـ.
- الجزري، أبو السعادات المبارك بن محمد، (ت606هـ)، **النهاية في غريب الأثر**، تحقيق طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي. ط بدون، بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، (ت370هـ)، **أحكام القرآن**، تحقيق محمد الصادق قمحاوي. بيروت: دار إحياء التراث، 1405هـ.
- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، **مختصر اختلاف العلماء**، تحقيق عبد الله نذير أحمد. ط2، بيروت: دار البشائر الاسلامية، 1417هـ.

- الجمّال، مصطفى، (1987م). **النظرية العامة للالتزامات**. مصر: الدار الجامعية، 1987م.
- الجمل، سليمان بن عمر العجيلي، (ت1204هـ)، **حاشية الجمل على شرح منهج الطلاب**، خرج أحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي. بيروت: دار الكتب العلمية، 1996م.
- الجواهري، حسن، (1421هـ ـ2000 م)، **مجلة مجمع الفقه الاسلامي**، عدد 12، مجمع الفقه الاسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض، ج2 / ص 538.
- الحاكم، أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، (ت405هـ)، **المستدرك على الصحيحين**، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ ـ 1990م.
- حجازي، عبد الحي، (1954 م)، **النظرية العامة للالتزام**. مصر: مطبعة نهضة مصر.
- حسين، سيد عبد الله علي، **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الاسلامي- مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس**. القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، 1947م.
- الحصكفي، علاء الدين محمد بن علي بن محمد، (ت1088هـ)، **الدر المختار**. ط2، بيروت: دار الفكر، 1386هـ.
- الحصيني، أبو بكر تقي الدين بن محمد الحسيني الشافعي، **كفاية الأخيار**، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان. ط1، دمشق: دار الخير، 1994م.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت 954هـ)، **مواهب الجليل**، ط2، بيروت: دار الفكر، 1398هـ.
- الحطاب، أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، (ت954هـ). **تحرير الكلام في مسائل الالتزام**. بيروت: دار الغرب الاسلامي، 1984م.
- حماد، نزيه، (1411هـ ـ 1990م). **دراسات فقهية**. ط1، الطائف: دار الفاروق.
- حمود، سامي حسن أحمد، (1402هـ ـ1982م)، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية**. ط2، عمان: مطبعة الشرق.
- حيدر، علي، (تاريخ الإرادة السنية 288هـ)، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية**، تعريب فهمي الحسيني. دار الكتب العلمية: بيروت.
- خاطر، صبري حمد، (2001م). **الغير عن العقد دراسة في النظرية العامة للالتزام**. ط1، عمان: الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي المالكي، (ت1101هـ)، **حاشية الخرشي على مختصر خليل**، تحقيق زكريا عميرات. ط1، : بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ ـ 1997م.
- الخطيب، مأمون محمد أحمد، البنك الاسلامي الأردني: دائرة التمويل والاستثمار، 2003، مقابلة شخصية.

- خليل بن اسحاق بن موسى المالكي، (1415هـ). **مختصر خليل**، تحقيق أحمد علي حركات. بيروت: دار الفكر.
- الدارقطني، أبو الحسن علي بن عمر البغدادي، (ت385هـ)، **سنن الدارقطني**، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني. بيروت: دار المعرفة، 1386هـ ـ 1966م.
- الدحدوح، سالم حماد شعبان، (1409هـ ـ 1989م). **الشكلية في العقود المدنية في القانون الأردني (دراسة مقارنة)**. رسالة ماجستير في القانون، الجامعة الأردنية، عمان.
- الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، **الشرح الكبير**، تحقيق محمد عليش. بيروت: دار الفكر.
- الدسوقي، محمد عرفة، (ت123هـ). **حاشية الدسوقي**، تحقيق محمد عليش. بيروت: دار الفكر.
- **دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية**، الأردن: وزارة الأشغال العامة والإسكان- دائرة العطاءات الحكومية.
- الدينوري، أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة، (ت276هـ)، **غريب الحديث**، تحقيق عبد الله الجبوري. ط1، بغداد: مطبعة العاني، 1397هـ.
- الذهبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، (ت748هـ)، **سير أعلام النبلاء**، تحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي، ط9، بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ.
- الرازي، أبو محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن ادريس التميمي، (ت327هـ)، **الجرح والتعديل**. ط1، بيروت: دار إحياء التراث، 1271هـ ـ 1952م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، (ت 721هـ)، **مختار الصحاح**، تحقيق محمود خاطر. ط بدون، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، 1415هـ- 1995م.
- الرافعي، **تقريرات الرافعي على حاشية ابن عابدين** (مطبوع مع حاشية ابن عابدين)، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلبي. ط1، دار المعرفة -بيروت، 1420ه-2000م.
- الرحيباني، مصطفى السيوطي، (1243هـ)، **مطالب أولي النهى**. دمشق: المكتب الاسلامي، 1961م.
- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الشهير بالشافعي الصغير، (ت1004هـ)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**. بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ ـ 1993م.
- الرومي، مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الحنفي، (ت1067هـ)، **كشف الظنون**. بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ ـ 1992م.
- الزبيدي، محمد محمد مرتضى، **عقود الجواهر المنيفة في أدلة مذهب أبي حنيفة**، تحقيق وهبي سليمان غاوجي الألباني. ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1406هـ ـ 1958م.
- الزحيلي، وهبة، (1407هـ ـ1987م). **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**. ط1، دمشق: دار الفكر.

- الزرقا، ، مصطفى أحمد، (1368هـ ـ 1949م). **الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد: نظرة عامة في فكرة الحق والالتزام ونظريتي الأموال والأشخاص في الفقه الاسلامي**، وهي باب تمهيدي لنظرية الالتزام العامة. سورية: مطبعة الجامعة السورية، ط2.
- الزرقا، مصطفى أحمد، **الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الاسلامي**. دمشق: دار القلم، 1999م.
- الزرقاء، مصطفى أحمد، (1964م). **الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد: المدخل الفقهي العام**. ط8، دمشق: مطبعة الحياة.
- الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد المصري، **شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل**، ضبطه وصححه وخرج آياته عبد السلام محمد أمين. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1422هـ ـ 2002م.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي بن يوسف (ت1122هـ)، **شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك**. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ.
- الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت 794هـ)، **المنثور**، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود. ط2، الكويت: وزارة الأوقاف، 1405هـ
- الزركشي، أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله، (ت 794هـ)، **خبايا الزوايا**، تحقيق عبد القادر عبد الله العاني. ط1، الكويت: وزارة الأوقاف، 1402هـ.
- الزمخشري، محمود بن عمر، (ت538هـ)، **الفائق**، تحقيق علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل ابراهيم. ط2، لبنان: دار المعرفة.
- الزنجاني، أبو المناقب محمود بن أحمد، (ت656هـ)، **تخريج الفروع على الأصول**، تحقيق محمد أديب صالح. ط2، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1398هـ.
- الزيلعي، أبو محمد عبد الله بن يوسف الحنفي، (ت762هـ)، **نصب الراية شرح أحاديث الهداية**، تحقيق محمد يوسف البنوري. مصر: دار الجديث، 1357هـ.
- الزيلعي، أبو محمد فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، (ت743هـ)، **تبيين الحقائق**. القاهرة: دار الكتب الاسلامي، 1313هـ.
- السالوس، علي أحمد، (1412ه- 1992م)، المناقشة لموضوع: [**البيع بالتقسيط**]، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7، المجلد الثاني، ص 197.
- السباعي، مصطفى، والصابوني، عبد الرحمن، (1390هـ ـ 1970م)، **الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات**. ط3
- سبط ابن الجوزي، أبو المظفر يوسف بن قرادغلي، (ت654هـ). **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف**، تحقيق ناصر العلي الناصر الخليفي. ط1، القاهرة: دار السلام، 1408هـ.

- السرخسي، أبو بكر شمس الدين محمد بن أبي سهل، (1406 هـ). **المبسوط**. ط بدون، بيروت: دار المعرفة.
- السرخسي، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت490هـ)، **أصول السرخسي**. بيروت: دار المعرفة.
- السغدي، أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، (ت461هـ)، **فتاوى السغدي**، تحقيق صلاح الدين الناهي. ط2، عمان: دار الفرقان، 1404 هـ ـ 1984م.
- السمرقندي، أبو الليث علاء الدين، **فتاوى النوازل** (مخطوطة)، تصحيح الرسالة حيدر الحسيني الحسني الحنفي القادري، 1305هـ، مكتبة العراق.
- السمرقندي، علاء الدين،(ت 539هـ)، **تحفة الفقهاء**. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ ـ 1984م.
- السمرقندي، أبو بكر علاء الدين شمس النظر محمد بن أحمد، (ت539هـ)، **ميزان الأصول في نتائج العقول**، تحقيق محمد زكي عبد البر. ط2، قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، 1418هـ ـ 1997م
- السندي، أبو الحسن نور الدين بن عبد الهادي، (ت1138هـ)، **حاشية السندي على النسائي**، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة. ط2، حلب: مكتب المطبوعات، 1406هـ ـ 1986م.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **الوسيط في شرح القانون المدني المصري**. القاهرة: مطابع دار النشر للجامعات المصرية، 1960م.
- السيد البكري، أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي، **إعانة الطالبين**.بيروت: دار الفكر للطباعة.
- السيواسي، محمد بن عبد الواحد، (ت681 هـ). **شرح فتح القدير**. ط2، بيروت: دار الفكر.
- السيوطي، أبو الفضل، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت911هـ)، **تنوير الحوالك شرح الموطأ**، مصر: المكتبة التجارية، 2389هـ ـ 1969م.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت911هـ)، **الأشباه والنظائر**. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ.
- الشاطبي، ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المالكي، (ت 790هـ)، **الموافقات**، تحقيق عبد الله دراز. بيروت: دار المعرفة.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن ادريس، (ت 204هـ)، **مسند الشافعي**.بيروت: دار الكتب العلمية.
- الشافعي، أبو عبد الله محمد بن ادريس، (ت204هـ)،**الأم**.ط2، بيروت: دار المعرفة، 1393هـ.
- الشبراملسي، أبو الضياء نور الدين علي بن علي القاهري، (ت1087هـ)، **حاشية أبي الضياء**(مطبوع مع نهاية المحتاج). بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ ـ 1993م.

- الشربيني، محمد الخطيب، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، تحقيق مكتب البحوث والدراسات/دار الفكر. بيروت: دار الفكر، 1415هـ.
- الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج**. بيروت: دار الفكر.
- الشرقاوي، جميل، (1991م). **النظرية العامة للالتزام**، مصر: دار النهضة العربية.
- الشرواني، عبد الحميد، **حواشي الشرواني**. بيروت: دار الفكر.
- شلبي، اسماعيل عبد الرحيم،(1409ه– 1988م)، **الجوانب القانونية لتطبيق عقد المرابحة**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الخامسة، عدد 5.
- الشهرزوي، أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن بن عثمان، (ت643هـ)، **أدب المفتي والمستفتي**، تحقيق موفق عبد الله عبد القادر، ط1، بيروت: مكتبة العلوم والحكم، 1407هـ.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت 1250هـ)، **السيل الجرار**، تحقيق محمود ابراهيم زايد. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ.
- الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، (ت1255هـ)، **نيل الأوطار**. بيروت: دار الجيل، 1973م.
- الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن، (ت189هـ)، **المخارج في الحيل**، وفي رواية أخرى لهذا الكتاب للسرخسي: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، تصحيح يوسف شخت. بغداد: مكتبة المثنى، 1930هـ.
- الشيباني، أبو عبد الله محمد بن الحسن، (ت189هـ)، **الحجة**، تحقيق مهدي حسن الكيلاني القادري. ط3، بيروت: عالم الكتب، 1403هـ.
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن عبد الله بن سليمان الكليبولي، (ت1078هـ)، **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**. القاهرة: دار إحياء التراث، 1990هـ.
- الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، **المهذب**. بيروت: دار الفكر.
- الشيرازي، أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف، (ت476هـ)، **طبقات الفقهاء**، تحقيق خليل الميس. بيروت: دار القلم.
- الصنعاني، محمد بن اسماعيل الأمير، (ت852هـ)، **سبل السلام**، تحقيق محمد عبد العزيز الخولي. ط4، بيروت: دار إحياء التراث، 1379هـ.
- الضرير، الصديق محمد الأمين، (1409ه– 1988م)، مناقشة البحوث المقدمة حول موضوع **المرابحة للآمر بالشراء**، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد 5، ج2/ص1534.
- الضرير، الصديق محمد الأمين، مناقشة موضوع: **البيع بالتقسيط**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7، مجلد 2 (1412هـ ــ 1992م)، ص 192.
- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي، (ت321هـ)، **اختلاف العلماء**، تحقيق عبد الله نذير أحمد. ط2، بيروت: دار البشائر الاسلامية، 1417هـ.

- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة، (ت321هـ)، **شرح معاني الآثار**، تحقيق محمد زهري النجار. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1399هـ.
- الظاهر، محمد عبد الله، (1993م). **مكافأة الخدمة بين قانون العمل وقانون الضمان الاجتماعي: فقها-تشريعا-اجتهادا**، عمان.
- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، (ت211هـ)، **مصنف عبد الرزاق**، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي. ط2، بيروت: المكتب الاسلامي، 1403هـ.
- ابن عبد الهادي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت744هـ)، **تنقيح تحقيق أحاديث التعليق**، تحقيق أيمن صالح شعبان. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1998م.
- العثماني، محمد تقي، (1412ه- 1992م)، **أحكام البيع بالتقسيط**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد7، دورة 7، ج2/ ص64، 65.
- العجلي، أبو الحسن أحمد بن عبد الله بن صالح الكوفي، (ت261هـ)، **معرفة الثقات**. تحقيق عبد العليم عبد العظيم البستوي. ط1، المدينة المنورة: مكتبة الدار، 1405هـ ـ 1985م.
- العدوي، علي الصعيدي المالكي، (1412 هـ). **حاشية العدوي**، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي. بيروت: دار الفكر.
- العز بن عبد السلام، أبو محمد عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، (ت660هـ)، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**. بيروت: دار الكتب العلمية.
- عطا الله، برهام محمد، (1982م)، **أساسيات نظرية الالتزام**. الاسكندرية: مؤسسة الثقافة الجامعية.
- العطير، عبد القادر حسين، **الوسيط في شرح القانون التجاري الأردني**، عمان: دار الشروق، 1993م.
- العقيلي، أبو جعفر محمد بن عمر بن موسى، (ت322هـ)، **ضعفاء العقيلي المسمى بالضعفاء الكبير**، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1404هـ.
- العكيلي، عزيز عبد الأمير،(1995م). **القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار والمتجر**. عمان: مكتبة الثقافة.
- العلائي، أبو سعيد بن خليل بن كيكلدي، (ت761هـ)، **جامع التحصيل**، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي. ط2، بيروت: عالم الكتب، 1407هـ ـ 1986م.
- العيني، محمود بن أحمد بن موسى، **البناية شرح الهداية**، تحقيق أيمن صالح شعبان. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420هـ ـ 2000م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت505هـ)، **الوسيط**، تحقيق أحمد محمود ابراهيم ومحمد محمد تامر. ط1، القاهرة: دار السلام، 1417هـ.
- الغمراوي، محمد الزهري، **السراج الوهاج**. بيروت: دار المعرفة للطباعة.

- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية –بيت التمويل الكويتي (فتوى 2– البيع بثمن الأجل أكبر من ثمن النقد).
- الفرفور، محمد عبد اللطيف صالح، (1412هـ ـ 1992م)، **أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد7، ج2/ ص 511، 512.
- الفيروز آباذي، القاموس المحيط. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- قاضي زاده، شمس الدين أحمد بن قودر، **نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار المعروف بتكملة شرح فتح القدير**، علق عليه وخرج آياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي. ط1، بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ ـ 1995م.
- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذي القعدة 1412 هـ الموافق 9–14 مايو 1992م.
- قرار مجمع الفقه الاسلامي رقم: 7/3/67 بشأن عقد الاستصناع، في مؤتمره المنعقد 7–12 ذو القعدة –1412ه – 1992 م.
- القرافي، أسعد بن محمد بن الحسين النيسابوري الكرابيسي، (ت 570هـ).**الفروق**، تحقيق محمد طموم. ط1، الكويت: وزارة الأوقاف، 1402هـ.
- القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس، **الذخيرة**، تحقيق محمد حجي. بيروت: دار الغرب، 1994م.
- قرة، فتيحة محمود، **أحكام عقد المقاولة دراسة فقهية قضائية**. (1987م)، الاسكندرية: منشأة المعارف.
- القرضاوي، يوسف، **بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الاسلامية**. ط2، مصر: مكتبة وهبة، 1407هـ ـ 1987م.
- القرضاوي، يوسف، (1409ه – 1988م). **الوفاء بالوعد**. مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس.
- القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، (ت)، **الجامع لأحكام القرآن المعروف بتفسير القرطبي**. القاهرة: دار الكتب المصرية، 1379هـ ـ 1959م
- قليوبي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن سلامة، (ت1069هـ). **حاشية قليوبي على كنز الراغبين**، ضبطه عبد اللطيف عبد الرحمن. بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م.
- القونوي، قاسم بن عبد الله بن أمير علي، (ت978هـ)، **أنيس الفقهاء**، تحقيق أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي. ط1، جدة: دار الوفاء، 1406هـ.
- القيرواني، أبو محمد عبد الله بن أبي زيد، (ت386هـ)، **رسالة القيرواني**. بيروت: دار الفكر.
- الكاساني علاء الدين(ت587 هـ)، **بدائع الصنائع**. ط2، بيروت: دار الكتاب العربي، 1982 م.
- كرم، عبد الواحد، (1998م). **قانون العمل في التشريع الأردني**،عمان: مكتبة دار الثقافة.

- مالك، ابن أنس الأصبحي، **المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم.** بيروت: دار صادر.
- مالك، أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، (ت179هـ)، **الموطأ**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. مصر: دار إحياء التراث.
- الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري، **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني**، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود. ط، دار الكتب العلمية: بيروت، 1414هـ ــ 1994م.
- المباركفوري، أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم، (ت 1353هـ)، **تحفة الأحوذي**. بيروت: دار الكتب العلمية.
- **مجلة الأحكام العدلية**
- المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد، (ت864هـ)، **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، تحقيق عبد اللطيف عبد الرحمن. بيروت: دار الكتب العلمية، 2001م.
- المرداوي، أبو الحسن علي بن سليمان، (ت885هـ)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق محمد حامد الفقي. بيروت: دار إحياء التراث.
- المرغيناني، أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني، (ت593هـ)، **الهداية شرح البداية**. المكتبة الاسلامية.
- المروزي، أبو عبد الله محمد بن نصر، (ت294هـ)، **اختلاف العلماء**، تحقيق صبحي السامرائي. ط2، بيروت: عالم الكتب، 1406هـ.
- المزي، أبو الحجاج يوسف بن الزكي عبد الرحمن، (ت742هـ)، **تهذيب الكمال**، تحقيق بشار عواد معروف. ط1، بيروت: مؤسسة الرسالة. 1400هـ ــ 1980م.
- مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (ت261هـ)، **صحيح مسلم**، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث.
- المصري، عبد السميع،(1980م). **التأمين الاسلامي بين النظرية والتطبيق**. القاهرة: مكتبة وهبة.
- المصري، رفيق يونس، (1421ه –2000 م)، **عقود التوريد والمناقصات**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، عدد 12، مجلد2، دورة مجمع الفقه الاسلامي الثانية عشرة بالرياض.
- المصري، رفيق يونس، (1409ه – 1988م). **بيع المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الاسلامية.** مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد الخامس، مجلد2، دورة مؤتمر مجمع الفقه الاسلامي الخامس المنعقدة بالكويت.
- المصري، رفيق، (1412ه – 1992م)، **البيع بالتقسيط**، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، دورة 7، عدد 7، المجلد الثاني، ص 92
- أنيس، ابراهيم، ومنتصر، عبد الحليم، والصوالحي، عطية، المعجم الوسيط، ط2، دار الفكر.

- ملحم، أحمد سالم، **التأمين التعاوني الاسلامي وتطبيقاته في شركات التأمين الاسلامية (الأردن)**. ط1، عمان: المكتبة الوطنية، 1420هـ ــ 2000م.
- المناوي، محمد عبد الرؤف، (ت1031هـ)، **التعاريف**. تحقيق محمد رضوان الداية. بيروت ودمشق: دار الفكر المعاصر، ط1، 410هـ.
- منكو، محمد، **تأصيل المواد (532- 556) من القانون المدني الأردني**. عمان: المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 198-
- المُواق، أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، (ت897هـ)، **التاج والإكليل**. ط2، بيروت: دار الفكر، 1398هـ.
- الموسوعة الفقهية الكويتية.
- الموصلي، أبو الفضل عبد الله بن محمود بن مودود الحنفي، (ت683هـ)، **الاختيار لتعليل المختار**، تحقيق زهير عثمان الجعيد. بيروت: دار الأرقم بن أبي الأرقم.
- **موقع انترنت:** **http://www.kfh.com/Fatawa/Display.Asp?f=fatw00002.htm**
- **موقع انترنت:**
  http://www.islamonline.net/arabic/contemporary/2002/09/article01c.shtml
- المومني، أحمد سعيد، (1989م). **التزامات صاحب العمل وانقضاء المقاولة**،عمان: المؤلف.
- المومني،أحمد سعيد،(1987م).**مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة**،عمان: المؤلف.
- النجدي، عثمان أحمد الحنبلي، (ت1100هـ). **هداية الراغب لشرح عمدة الطالب**، تحقيق حسنين محمد مخلوف.مصر: المؤسسة السعودية.
- النفراوي، أحمد بن غنيم بن سالم المالكي، (ت1125هـ)، **الفواكه الدواني**. بيروت: دار الفكر، 1415هـ.
- نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني. ط3، عمان: مطبعة التوفيق، 1992م.
- النووي، أبو زكريا محي الدين بن شرف، **المجموع**، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي. بيروت: دار إحياء التراث، 1422هـ ــ 2001م.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري، (ت676هـ). **تحرير ألفاظ التنبيه**، تحقيق عبد الغني الدقر. ط1، دمشق: دار القلم، 1408هـ.
- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، (ت676هـ)، **منهاج الطالبين**. بيروت: دار المعرفة.
- النووي، روضة الطالبين. ط2، بيروت: المكتب الاسلامي، 1405هـ.
- النيسابوري، أبو بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر، (ت318هـ)، **الإجماع**، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد. ط3، الاسكندرية: دار الدعوة، 1402هـ.

- الواداشي، عمر بن علي بن أحمد الأندلسي، (ت804هـ). (1406هـ). **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج**، تحقيق عبد الله بن سعاف اللحياني. ط1، مكة المكرمة: دار حراء.
- يحيى، يس محمد، (1978 م). **عقد الصلح بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني**. دار الفكر العربي.

The Effect Of Death On The contractual commitments resulting from Settled Financial Commutative Contracts And Its Contemporary Applications

By

Malak Noureddin Mahmoud Khasawneh

Supervisor

Dr. Mohammad Ahmad Alqudah

Abstarct

This study discusses the effect of contractor's death on contractual commitments resulting from financial commutative contracts, whether those contracts had been defined previously or newly known in its terminologies or applications.

The inductive analytical comparative method had been applied in conducting this study which had been accomplished with reference to old and new sources in Islamic jurisprudence, civil and commercial laws issued by the state, in addition to laws and instructions adopted in Islamic Banks in Jordan which I got through personal interviews and investigations with principals there.

Through this study, the researcher arrived at the result that death doesn't affect in breaking instant obligatory financial commutative contracts concerning property, which its validity and obligatory is not conditioned by prompt exchange. And so is the case with contracts concerning benefit or work in which the identity of one or both of the contracting parties is not conditioned. And as a result for that the contractual commitments won't be cancelled. But it could be affected in case that the decedent was bankrupt or moneyless, or in case that death was prior to said period for executing commitments.

Whereas the contracts that are broken by death of one or both of contracting parties are those concerning work in which the identity of one or both contractors is considered or conditioned. And also the unobligatory contracts for one or both contractors in case the decedent was the unobliged party. And so is the case with contracts concerning property in which prompt exchange is a condition for its validity or obligatory provided that one of the contractors was dead prior to fulfilling this condition. Consequently, contractual

commitments are cancelled for the time span after death. But in the time span previous to the death, commitments won't be cancelled for both of contractors. But it could be affected if the decedent was bankrupt.

It's worth mentioning that the transferring of contractual commitments isn’t restricted to the heirs of the decedent, but the trustee who was appointed by the decedent prior to his death is favoured to them, whether that trustee is an individual or institution such as Islamic banks. And if the trustee hadn't been appointed, the heirs will replace the decedent in executing his commitments.But if a dispute arrises among the heirs, the judge appoints a trustee over the inheritance as an administrator of estate. This transfer of commitments will be within the bounds of decedent's inheritance.

It was evident to the researcher that there's a shortage in the legal coverage for the effect of death in contractual commitments resulting from a number of contracts; including the catering contracts, “Murabaha” contract in its various stages, etc.

Therefore, the recommendations resulting from this study are embodied in the necessity of having a legal coverage for the effect of death in various contracts, as well as the need to activate the role of Islamic Banks to be administrators of estates, inorder to avoid possible disputes among heirs and creditors. Also the rights of the heirs in inheritance as well as the rights of the creditors should be considered by administrating the estate in a way that enables all parties to take their rights without depriving anyone by prompt public sale for inheritance.